

# 国内裁判所における国際人権条約の国内的实施 －イギリスの裁判所における新たな局面－(二)

江 島 晶 子

はじめに

一、新たな局面の出現－人権保障における司法積極主義？

二、ヨーロッパ人権条約に対するイギリス裁判所の対応の変遷

1 概観

2 初期の判決（以上明治大学短期大学紀要63号）

3 行政裁量と司法裁量

(1) 司法裁量におけるヨーロッパ人権条約の開花

(a) A-G v. Guardian 判決

(b) A-G v. Guardian (No. 2) 判決

(2) 行政裁量における議会主権の壁－Brind判決の意義－

(a) Bibi判決からBrind判決へ

(b) R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind  
判決

4 人権保障における新たな局面

(1) 背景

(2) 最近の判決から観察できる新たな局面

(a) 制定法解釈の一助としてヨーロッパ人権条約を利用する場合－  
一般的推定－

(b) コモン・ローの発展（以上本号）

(c) 司法裁量－曖昧性を前提条件としない一般的推定－

(d) 行政裁量－Wednesbury原理の発展可能性－

三、評価

#### 四、小結

## 二、ヨーロッパ人権条約に対するイギリス裁判所の対応の変遷（続）

### 3 行政裁量と司法裁量—A-G v Guardian、A-G v Guardian (No. 2) 両判決およびBrind判決—

初期の判決において、議会主権の制約が、次第に明確に認識されるようになった。その結果、同制約の下で、どこまでヨーロッパ人権条約を司法判断の中にとりこめるのかという模索は、とりわけ司法裁量と行政裁量の区別としてあらわれてくる。すなわち、同条約が考慮事項となるかどうかという点で、裁判官は、当該事件において司法裁量が問題になる場合は比較的積極的に参照するのに対して、行政裁量が問題となる場合は同条約の参照については消極的である。それを象徴的に示しているのが、A-G v GuardianおよびA-G v. Guardian (No. 2) 両判決とBrind判決との対比である。両判決は、司法裁量、行政裁量それぞれの場合の先例的存在でもある。以後、急激に参照件数が増加する時期においては、両判決は頻繁に引用されている。そこで、両判決の依拠する原理と特徴を明らかにする必要がある。なお、両事件とも表現の自由が争点となっている上に（よって同条約10条の表現の自由との関連性が問題となる）、事件自体が社会的に注目を集めた事件でもあることを付言しておく。

#### (1) 司法裁量におけるヨーロッパ人権条約の開花—A-G v. Guardian判決およびA-G v. Guardian (No. 2) 判決

両判決はSpycatcher事件の主要な部分を占める。同事件では、元MI5（防諜機関）の防諜部員が退職後に執筆した回顧録『スパイキャッチャーSpycatcher』の出版差止、および同書に関する報道差止が問題となっていた。この報道差止に抵抗した新聞社は、国内では救済を得ら

れなかったのでヨーロッパ人権委員会に申立て、最終的にはヨーロッパ人権裁判所において条約10条違反の判決を獲得した<sup>1</sup>。同訴訟の一連の過程は、ストラスブールへの“道”の存在をイギリス国内に印象づける効果をもたらしたといえよう。

(a) A-G v. Guardian 判決

当初、同書はオーストラリアでの出版が計画されたので、イギリス法務長官がイギリス政府を代表して提起したSpycatcher差止訴訟がオーストラリアにおいて係属中であった。1986年6月22・23日に、新聞社GuardianおよびObserver（以下、GOと記す）はオーストラリアにおける審理について報道し、かつ同書の内容の一部を紹介した。そこで法務長官は、イギリス高等法院衡平法部において、同書に関する記事の終局的差止を求める訴訟を開始した。そして6月27日、当該訴訟の本案審理の係属中、同書に関する報道を禁止する中間差止命令（Millet差止命令）が発給された。他方、Sunday Times（以下、Sと記す）はAustralia Heinemann社からSpycatcherの新聞連載権を買い、合衆国における同書出版の二日前にあたる、1987年7月12日に、連載の一部として同書の抜粋を掲載した。これに対して法務長官は、同掲載がMillet中間差止命令の目的を阻害するとして、Sの発行人Times社を裁判所侮辱で訴え、かつSに対する中間差止命令を得た。

上記の中間差止命令に対して、GOおよびSがその取消を申立てたのが本件である<sup>2</sup>。1987年7月22日、高等法院衡平法部副大法官Browne-Wilkinsonは、この中間差止命令を取り消した。そこで法務長官は控訴院に上訴し、控訴院は同命令に修正を加えた上でその継続を決定した。GOは貴族院に上訴したが、貴族院は3対2で差止の継続を支持した。

ヨーロッパ人権条約の参照が登場するのは、貴族院においてだけである。だが、高等法院のBrowne-Wilkinsonは、同条約を参照しなかったものの、プレスを自由を強調し中間差止命令を否定する結論に到達した

ことに注目しておきたい。Browne-Wilkinson は、プレスの自由の観点から必要とされる公的利益と防諜機関の観点から必要とされる公的利益を比較衡量し、前者のほうが大きいとした。これは、プレスの自由は絶対的なものではないものの、「それ自体権利として非常に重大な公的事項である」という認識に由来し、「イギリスの制度に対する保障機構 safeguards の一つは、問題を探し出し、公表し、かつ情報が提供された公的議論を惹起できるプレスを備えることである<sup>3</sup>」ととらえることによる。よって、上記の比較考量を行なう際に念頭に置くべき点として、「やむをえない場合を除いてプレスにおける公表を抑制すべきではない<sup>4</sup>」とする。よって、すでにイギリスにおいても誰でも同書を手でできる現実<sup>5</sup>を無視して、差止命令によって情報を規制しようとすることは、法がばかにされるだけであるとして差止命令を取り消した。

これ対して控訴院は、高等法院は理由付けを誤ったとして、法務長官の主張を認めた。控訴院の検討においては、ヨーロッパ人権条約への言及も、高等法院が行なったようなプレスの自由に関する検討も行われなかった。

他方、貴族院では意見が分かれ、Brandon、Ackner および Templeman ら 3 名の裁判官が差止を支持したのに対して、Bridge および Oliver 両裁判官は反対に回った。そこで差止に対する賛成・反対とヨーロッパ人権条約との関連性に注目して、両者の見解を検討する。

まず賛成意見（多数意見）側であるが、ヨーロッパ人権条約に対する態度は多様である。Brandon が行なった同条約に対する言及は、同条約も表現の自由が絶対的ではなく制約に服することを認めているという文脈、すなわちプレスの自由の制約を正当化する文脈で使われる<sup>6</sup>。一方、Ackner は、同条約は本件では有用でないとして排除する<sup>7</sup>。

他方、Templeman は、前二者とは異なり、本件はヨーロッパ人権条約を考慮に入れるべき問題であることを最初に提示する。本件には、諜報機関によって保護される公衆の権利とプレスによって十分な情報を提

供される公衆の権利との衝突が含まれるので、イギリス政府が加盟しているヨーロッパ人権条約の検討が含まれることになるとする。このTemplemanによる条約参照は重要な意義を有する。なぜならば、続くA-G v Guardian (No. 2) において、GO側弁護士Lesterが、イギリス裁判所が条約を考慮に入れる根拠の先例として参照した上に、以後の事件においても同様の文脈で参照されることが多いからである<sup>8</sup>。

Templemanの意見においてさらに注目すべき点は、条約10条全文の引用だけでなく、ヨーロッパ人権裁判所判決Sunday Times v. United Kingdom<sup>9</sup>をも引用している点である。なかでもヨーロッパ人権裁判所が、イギリス裁判所のアプローチとヨーロッパ人権裁判所のアプローチの違いに言及した箇所注目している。すなわち、ヨーロッパ人権裁判所が「直面しているのは、二つの競合する原理間の選択ではなく、限定的に解釈されなければならない幾つかの制約に服する表現の自由という原理である…」という部分である。しかも当該権利の制約が条約10条2項の制約事項に該当すること、そして法によって規定されているだけでは不十分で、事実と状況を勘案した結果、当該事件において必要とされるものでなければならないとする点をも参照している<sup>10</sup>。

以上のような一般理論を提示したのちに、Templemanは本件へのあてはめを行なう。そこでは、まず次の問いを提示する。本件では、中間差止命令による表現の自由に対する侵害を貴族院が継続することが、他者の名声や権利を守るために、秘密に入手した情報の公表を阻止するために、または司法の権威および衡平を維持するために、1987年7月30日の現実の状況を考慮し、過去に起きた事件の観点から、国の治安という利益において民主的社会において必要であるか<sup>11</sup>。以上の用語（傍点を付した部分）は、ヨーロッパ人権条約10条2項の制約正当化事項に依拠していることに特に注目すべきである。

しかし、その後の具体的検討（あてはめ）の段階では、条約が実質的影響を及ぼしているかは疑問である。「条約の観点からしても」制約を

必要とする三つの理由が存すると述べているが<sup>12</sup>、その具体的内容としては、諜報機関に及ぼす損害であるとか、本件において差止命令が取り消されると変え難い先例が作られてしまうということを挙げている。よって、ヨーロッパ人権裁判所の解釈するところの「民主的社会において必要」といえるかという問いと同質ものとはいえない。なぜならば、この問いは、ヨーロッパ人権裁判所においては、「制約は必要最小限度か」、換言すれば「当該制約が遂行しようとする制約目的と釣り合っているか」という問いだからである。このような観点からの検討を Templeman は行なってはいない。よって判決の結論において条約の参照が直接的・実質的影響を与えているとは言えない。この点の問題性については、反対意見との比較で再度検討する。

興味深い点は、ヨーロッパ人権条約の国内法上の地位について何も言及がないことである。それは、行政裁量の場合での裁判所の態度と比較すると、あたかも条約の条項が直接適用可能な国内法の一部であるかのようである。しかし、その根拠については議論していない<sup>13</sup>。これは、本件が、司法裁量を問題にしている場面だということが大いに関係する。Templeman は、競合する公的利益の比較考量が裁判所に要請された場合には、条約と適合するように司法裁量を行行使するという立場に立っていると推定できる。また、ヨーロッパ人権条約を考慮に入れるための前提条件としてのイギリス法上の曖昧性も要請していない。

他方、反対意見の Bridge および Oliver 両裁判官は、これとは逆の態度を示している。Bridge の差止反対は、ヨーロッパ人権条約に影響されての帰結ではなく、イギリス法の比較衡量からの結論である。当該書物がイギリスにおいて誰でも入手できる現在でも、中間差止命令が保護できる国の安全という利益は残っているのか、もしそうだとした場合でも中間差止命令の継続がもたらす言論の自由に対する大規模な侵害を正当化できるほどの十分な重要性が、国の安全という利益にあるのかという比較考量である<sup>14</sup>。そしてその観点からすると、中間差止命令を継続しうる

十分な公的利益は、もはや存しないという結論に到達する。

その際に興味深いのは、イギリスは成文憲法もアメリカ合衆国憲法修正1条も持たないし、ヨーロッパ人権条約を国内法化してもしないが、自由な社会における基本的自由を保障するコモン・ローの能力に自信を持ってきた<sup>15</sup>と表明している点である（しかも、この自信が、今回の貴族院の差止継続判決によって侵害されたと批判している<sup>16</sup>）。

Bridgeの考える「表現の自由」観は次のようなものである。すなわち「言論の自由は全体主義体制においては常に最初の犠牲者となる。このような体制は、市民の間に情報や思想が自由に流通することを認めることができない。検閲は、市民が知ることができることとできないことをコントロールするために必要不可欠の手段である。他所では自由に入手できる情報からイギリスの公衆を隔離する本件の試みは、このような危険な道に踏み出す重大な一歩である。禁止の継続は、より多くの本がイギリスに流入し、流通するようになればなるほど、馬鹿らしく見えてくる。もしも政府が最後まで禁止を維持する戦いを続ける覚悟ならば、ストラスブールにおけるヨーロッパ人権裁判所による、不可避免的な宣告と恥辱に直面することになる<sup>17</sup>」。

同様に、Oliverも、「片手にSpycatcher、もう片方にWashington Postを持って」、イギリスを訪れたものは、民主的自由のゆりかごとして知られていたはずのイギリスの現状に驚くにちがいないと述べている<sup>18</sup>。「イギリスは修正1条をもたないが、ブラックストーンが述べるように、プレスや出版の自由は自由な国家に必須のものである。我々が支払うべき代償は、この自由が時として嘘つきやペテン師の車につながることであり、しかし自由を維持するためにはやむをえないことである。」「思想は、いかに不人気かつ不快なものであっても、ひとたび自由な討論と流通の中に放たれたならば、あたかも伝染病であるかのように実効的に差し止めることはできない」。「一時的にせよ、外国からの公的評論や議論への感染を防ぐ、いわば司法による防疫線を設置する試みは、実

効的でないことはもちろんのこと、非常に危険な方向へ第一歩を踏み出すことになる<sup>19)</sup>]

コモン・ローによって言論の自由を守ることができるという両者の確信は、ヨーロッパ人権条約の条文や解釈に言及しないという態度に表れている。よってTemplemanとは対照的に、条約が国内法の一部ではないことも明言する。しかし、Bridgeの行なった比較衡量は、「制約は必要最小限度でなければならない」、「制約と制約目的は釣り合っていないなければならない」というヨーロッパ人権裁判所の比例性原理と実質的には同じであることに注目したい。しかも、前述したように、Bridgeが後のヨーロッパ人権裁判所の条約違反判決<sup>20)</sup>を予測した点でも、同裁判所の解釈原理を理解しているといえよう。よって、反対意見側はヨーロッパ人権条約を直接援用しないにもかかわらず、考え方としては、ヨーロッパ人権条約の表現の自由に近いといえる。表現の自由を、同等に比較衡量される諸利益の一つと捉えるのではなく、その重要性を強調し特別な尊重を示す姿勢は、結果的に、比較衡量の際に他の利益よりも表現の自由によりウエイトをかける、または慎重に比較衡量を行なうことにつながっている。

では、これまで見てきた多数意見、反対意見について、どのような問題点を指摘できるであろうか。第一に、ヨーロッパ人権条約や同判例法の参照自体が、ヨーロッパ人権条約機構と同じ結論を保障するわけではないということである（Templemanが典型）。第二に、ヨーロッパ人権条約のアプローチとコモン・ローのアプローチ（貴族院反対意見および高等法院）は同じ答に到達する可能性があるということである。これはイギリス裁判官にとっては、ヨーロッパ人権条約に依拠せずとも、イギリス・コモン・ローによって自由や人権を保障できるという確信にもつながる。第三に、コモン・ローのアプローチの場合には、同じ事案において、どちらの答も出せる余地がより大きいということである（比較衡量の特性）。そしてそれは条約の単なる参照の有無とは関係がないとい



うことである。多数意見は条約を参照しながら差止を支持し、反対意見は条約を参照せずに差止に反対しているからである。もっともこの点は次のようにも解することができる。反対意見のアプローチ（コモン・ローのアプローチ）とヨーロッパ人権条約のアプローチが同じ結論を導き出せるとした場合に、条約や同判例法を参照してはならないとする理由はないということである。そして、実際にこのような例も登場する<sup>21</sup>。

(b) A-G v. Guardian (No. 2) 判決

ヨーロッパ人権条約を考慮に入れることが適切とされる根拠については、A-G v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)<sup>22</sup>においてより明確にされた。本件は、前述のA-G v. Guardianにおいて問題とされた中間差止命令の根拠となる原因に関する本案審理である。

法務長官の主張はつぎの根拠に基づいている<sup>23</sup>。①Wは、許可されないかぎり、MI5に在職中に取得した情報を公表しない義務を政府に対して負う。当該義務はMI5における雇用の性質および国家の安全の要請に由来する。②Wは、『Spycatcher』を著し、1985年にその出版を企図した点において当該義務違反である。③1987年7月の出版とその流布は、さらなる義務違反である。④GOS三紙は、同書の内容が、WがMI5に在職中に取得した情報で構成されていることを熟知していた。⑤したがって同三紙は、Wによる当該情報の公表はWの政府に対する義務違反であることを知っていたし、知っていたとみなされるべきである。⑥したがって、新聞社は、Wが公表した情報を保有した際には、新聞社も当該情報の不公表義務に服する。⑦Wは、情報の守秘義務違反を継続すること（すなわちアメリカでの同書の出版と流布）によって、上記の自己の義務から免れることはできない（情報の周知化は守秘義務を解除しない）。⑧1986年6月時と同じく、1987年12月現時点で、『Spycatcher』に含まれている情報を新聞が保有しているのは、Wの義務違反によってである。したがって1986年6月時点と同様に、現時点

でも新聞社は当該情報を公表することはできない（第三者に公表された秘密情報は、守秘義務違反の下に公表がなされたことを当該第三者が知っているならば、当該公表によって秘密性を失うものではない）。

他方、新聞社側の主張は次の三点に基づく<sup>24</sup>。①第一に、不正の抗弁である。『Spycatcher』の内容には公的機関の重大な不正行為が含まれている。このような場合には新聞社に守秘義務は課されない。②同書はアメリカで出版され、誰でも入手することが可能であり、その秘密性を喪失したので、当初新聞社は当初守秘義務を負っていたとしても、現時点では消滅している。③そして、一般的論拠として、差止は言論の自由およびプレス自由に対する容認しがたい侵害であるとする。最後の点で新聞社側弁護士 Lester は、ヨーロッパ人権条約に言及し、上記の不公表義務は、イギリス政府の条約上の義務に反しており正当化できないとする。

高等法院 Scott 裁判官は、GO の記事掲載は守秘義務違反ではないと判示した。他方、S の抜粋掲載は守秘義務違反ではあるが、国外での同書の出版が、同書の秘密性を喪失させているので、将来における連載差止は認められないとした（S は抜粋掲載によって得た収益を支払う義務を負う）。同時に、W または他の諜報部員に由来する情報の、将来における公表を阻止する一般的差止も拒否した。続いて、控訴院、貴族院とも、高等法院の結論を支持し、法務長官および S の上訴を棄却した。

高等法院の Scott 裁判官は、本件をプレス自由と国家の安全という二つの競合する公的利益の比較衡量を行なうべき事件としてとらえ、かつその比較衡量は裁判所が行なうべきものとする<sup>25</sup>。そしてこの比較衡量の中で、ヨーロッパ人権条約 10 条について独立の項目を立てて検討するという方法をとる<sup>26</sup>。

条約への言及の仕方としては、条文の引用はもとより、ヨーロッパ人権裁判所判例を参照し、積極的に考慮に入れている。とりわけ条約 10 条 2 項の「民主的社会において必要」の意味について、ヨーロッパ人権

裁判所判決を積極的に参照し、同裁判所の比例性原理に言及している。すなわち新聞社側弁護士Lesterが参照した同裁判所の判決Sunday Times v. United KingdomおよびLingens v. Austria<sup>27</sup>に依拠して、これらの判決は、「国家の安全の観点からの自由な表現に対する制約は、『急迫する社会的必要性』が存在しないかぎり、そして当該制約が『遂行されようとする正当な目的に釣り合』わないかぎり、「必要」であるとはみなされるべきではない」ことを確立していると述べている<sup>28</sup>。

さらにヨーロッパ人権条約の国内法上の位置づけに関しても、同条約はイギリス国内法の一部ではないことは最初に認めているが、新聞社側の弁護士Lesterの主張を受け入れ、裁判所の考慮事項となることを認めた。すでに指摘したように、Lesterは、国家の安全における公的利益と言論およびプレスの自由との衡量を行なう際には、政府が承認した条約上の義務を考慮に入れなければならないとし、そのことはA-G v. Guardianの貴族院判決における条約10条の参照<sup>29</sup>によって確立されたとしている<sup>30</sup>。

そして、Scott裁判官は、競合する公的利益の比較の際には、「裁判所は、政府によって承認された条約上の義務に合致するような方法で比較考量を行わなければならない…（そこには）周知の制定法解釈原理との明白な類似性が存在する。同原理は、可能ならば、政府の条約上の義務と合致するように制定法が解釈されることを要請する<sup>31</sup>」と述べた。このようにして同条約が国内法の一部ではないという障害をクリアしたのである。Scott裁判官の主張は、それ以前の裁判官の主張よりも、条約の解釈・適用に積極的である。イギリス法に曖昧さが存在する場合にのみ、条約を考慮に入れることができるという曖昧性ルールに依拠することなく、競合する公的利益の比較衡量において裁判所は条約を考慮に入れなければならない（「要請」）ととらえているからである<sup>32</sup>。ヨーロッパ人権裁判所判決は条約10条2項の解釈・適用に関してイギリスの裁判所を拘束しないという、法務大臣側の主張に対しても、「条約10条に

基づく政府の条約上の義務を考慮に入れることが正当ならば、当該条項は、条約がその適用を監督するために設置した裁判所<sup>33</sup>の判決と合致するような意味および効力が付与されるべきである<sup>34</sup>」として、これを退けている。

このように積極的に関連づけられたヨーロッパ人権条約は、Scottの法律解釈および結論に重要な影響を与えている。法務大臣側の主張する公的利益（国家の安全）、新聞社側の主張する公的利益（表現の自由）をそれぞれ綿密に検討した上で、開かれた民主的社会においては、プレスが政府のスキャンダルを公表する正当な役割を有しているとの認識の下に、本件のGOの新聞記事は、新聞が公衆の前に提示すべき正当かつ公正な報道事項であるという結論に到達した点、さらに現時点では法務長官の主張するSpycatcherおよびそれに関連する報道の一切の差止は認められないとした点は、いずれも条約10条の趣旨に合致するものだからである<sup>35</sup>。さらに、A-G v. GuardianのOliver貴族院裁判官の見解を引用したことも注目したい。Oliverの反対意見中には同条約自体への言及は存在しないが、すでに指摘したように、プレスの自由に解する理解としては、多数意見よりも同条約10条の趣旨により近い。よってOliver見解の引用はScott裁判官の見解を補強する効果をもたらす。これはA-G v. GuardianとA-G v. Guardian No. 2の相互補完的效果である。

後のカテゴリーとの関係では、制定法解釈とのアナロジーで、裁判官が競合する公的利益の比較衡量を行なう際（そしてそれによってコモン・ローを解釈・発展させる際）に、条約を考慮に入れなければならないことを表明した点で重要である。ここには司法裁量の行使におけるヨーロッパ人権条約の積極的関連性が観察できる。これは、次に検討する行政裁量が問題になったBrind判決の場合とは非常に対照的である。

続く控訴院および貴族院判決においては、ヨーロッパ人権条約を参照することの正当性に関する様々な説明が見出せる。いずれも基本的には

イギリス流の比較衡量に立つが、その比較衡量の中でどのように同条約を考慮に入れるかは裁判官によって様々である。大別すれば、コモン・ローと同条約は同じであるとしてもっばらコモン・ローで問題を処理する立場と、同じなのだからこそ、同条約およびヨーロッパ人権裁判所判例を積極的に参照することは正当であると考える立場が存在する。

まず、控訴院記録長官 Donaldson は、条約 10 条を引用し、表現の自由に対する条約のアプローチとイギリス法のアプローチに大差はないものとして、「国内法と条約との間に矛盾は見出し得ない<sup>36</sup>」とする。すなわち、イギリス法においては、すべての市民はコモン・ローまたは制定法によって抑制されないかぎり、望むことを行なう権利を有する。条約 10 条の表現の自由に対する権利は、イギリス国内法においては、行動の一般的基礎的自由の中に包含されている。したがってイギリス法および条約に基づき、裁判所は、表現の自由に対する基本的権利およびあらゆる関連事項を考慮して、遂行される正当な目的に釣り合った「秘密の維持を要請する「急迫する社会的必要性」がどれだけ存在するかを評価する権限および義務を負うとする<sup>37</sup>。そして、同条約もイギリス法も、秘密の維持に対して絶対的なアプローチ(全面的支持または全面的否定)をとってはならず、競合する私的・公的利益の比較衡量を行なうとする。よってその帰結は、イギリス流の比較衡量によって処理するということになる。

Dillon 裁判官も、比較衡量を行なうということを明瞭に随所で述べている。しかもその際に、条約はイギリス法の一部ではないが、それは問題ではない。なぜならばヨーロッパ人権裁判所によって解釈された条約 10 条と A-G v. Jonathan Cape で Widgery 裁判官が宣言したイギリス法上の基準<sup>38</sup>との間に重要な相違は存在しないからである<sup>39</sup>と述べている。1688 年以来、執行部による法外な主張に対して障壁を提示することが裁判所の主要な関心事項であったから、そのこと自体は少しも驚くべきことではないという興味深いコメントさへ行なっている<sup>40</sup>。そして両者

が同じであるという前提から、Dillon裁判官は、Widgeryの基準、すなわちイギリス法によって本件を検討する。よって以後、条約<sup>41</sup>そしてヨーロッパ人権裁判所判例が実際に考慮されることはない。結論としては、GOのオーストラリアにおける訴訟の報道記事は国家の安全に損害を与えるものではなく、表現の自由という利益が優先するという判断を行なった<sup>42</sup>。

他方、Bingham裁判官は、二つの競合する公的利益の衝突ととらえる点で基本的スタンスは比較衡量であるが、比較衡量を行なう際に、ヨーロッパ人権条約のより強力な影響が観察できる。Binghamは、信頼できる防諜機関の維持という公的利益とプレス自由という公的利益の衝突を解決するルールを議会は設定していないので、先例から引き出される法原理によって解決する。そしてこの法原理の中に、前述のWidgeryの基準だけではなく、Widgery基準と条約10条は合致するとして条約上の要請も考慮に入れた。その際に、条約10条の文言のみならず、*Sunday Times v. United Kingdom*<sup>43</sup>および*Lingens v. Austria*<sup>44</sup>をも参照した上、*A-G v. Guardian*、そして*A-G v. BBC*<sup>45</sup>における反対意見（FraserおよびScarman – とくに条約上の「急迫した社会的必要性」とは重大な不正が生じる実質的危険のことだと解した点）をも引用した。しかも自由な言論に対するコモン・ロー上の保護は、他のヨーロッパ人権条約締約国間の基準を下回るということまで認めている<sup>46</sup>。

前二者の比較衡量とBinghamの比較衡量との微妙な違いは、実際のあてはめにも反映されている。第一に、Binghamは、GOに対する終局的差止を認めるべきかどうかという点で、Widgeryの基準である「公的必要性の厳格な要請」とヨーロッパ人権条約の「急迫する社会的必要性」を同列に置き、当該終局的差止の主張を退けている。プレス自由は「選択的な追加物 optional extra」ではなく、抑制すべきやむをえない理由が証明されないかぎり承認されるべき権利であるとする<sup>47</sup>。これはヨーロッパ人権条約のアプローチと親和性をもつ発言である。Sに対

する終局的差止、そしてSpycatcherに関連する出版に対する将来の一般的差止も同様の理由で否定する。ここでも「急迫する社会的必要性」という言葉を筆頭に、条約に対する言及が見られる<sup>48</sup>。またGOの記事は秘密漏洩に該当するかという判断において、抑制を要請する「急迫する社会的必要性」は証明されなかった上、「当該抑制は、遂行する合法的目的と釣り合っていないとして、ヨーロッパ人権裁判所の要件を用いた点も注目される<sup>49</sup>。そして第二に、より明確な違いとして、以上のようなBinghamのアプローチは、Sによる抜粋連載の点で、他の裁判官とは異なる結論に到達した。すなわち、「国家の安全という観点からSunday Timesの公表する自由を抑制する急迫する社会的必要」は存在しないと結論した<sup>50</sup>。これはBrown-Wilkinsonの見解を支持するものである<sup>51</sup>。

以上の控訴院判決の特徴を、ここで整理しておく。まず条約の参照という点では、条約に言及するだけでなく、ヨーロッパ人権裁判所判例も参照した。しかしすでに指摘したように、個々の裁判官によって扱い方に重要な違いが存在する上、それは結論にも影響している。しかもDonaldson裁判官がヨーロッパ人権裁判所判例の参照とともに、「評価の余地margin of appreciation」理論に言及した点には注意しなければならない<sup>52</sup>。同裁判官は、裁判所は、裁判所が属している社会の、実地的な知識と必要性に基づく「評価の余地」を自由に適用することができる<sup>53</sup>として、国内裁判所の裁量を広く解釈しているからである。国内裁判所による「評価の余地」理論の援用は今後問題になってこよう<sup>54</sup>。留意すべき点は、同条約の国内法的位置づけに関して、初期の判決において強調された点（同条約が国内法化されていない、そしてその文言は曖昧なので限定的に発動する）は、もはや見られないことである。

ではヨーロッパ人権条約は、実質的影響を及ぼしたといえるだろうか。これはDonaldsonおよびDillonの場合と、Binghamの場合では異なる。前者の場合、終局的差止命令の発給の拒絶は伝統的な比較衡量<sup>55</sup>からの

帰結である。そして合衆国においてSpycatcherがすでに出版されかつイギリスに流入しているという事実が、当該比較衡量において重要な役割を果たしている。これに対してBinghamはヨーロッパ人権条約、そしてヨーロッパ人権裁判所のアプローチを、イギリスのコモン・ロー原理と並立して用いている。そのためにSの守秘義務違反を認めるかどうかの点で他の裁判官とは異なる結論に到達した。よってBinghamの場合には、同条約は重要な影響を及ぼしているといえる。

本件では、Spycatcherの合衆国における出版とイギリス国内への流入によって、同書に関連する記事差止は事実上無意味となってしまった。よって終局的差止や将来的一般的差止の承認は、イギリス・コモン・ロー上も認め難かったといえる。言い換えればヨーロッパ人権条約に言及しなくても同じ結論を出すことができたといえよう。これに対して、合衆国出版を目前に控えての『Spycatcher』からの抜粋連載の是非は、より微妙な問題である。よってこの点に、両者のアプローチの違いが結論の違いとなって表れたと考えられる。イギリス・コモン・ローの比較衡量とヨーロッパ人権裁判所のアプローチ（表現の自由が一般原則で、厳格に限定された制約に服する、換言すれば急迫する社会的必要性が存在する場合のみ、その必要性に釣り合った形での制約が認められる）の違いはここに生じるということである。この微妙な違いを示すものとして、当該控訴院判決は興味深い素材である。

貴族院への上訴では、法務長官は、以上のような展開を考慮に入れて、防諜機関職員および同職員から情報を入手した者の守秘義務維持を訴訟の中心目的に据えてきた。貴族院裁判官の条約に対する態度は、控訴院と同じく各裁判官によって様々である<sup>56</sup>。

Keith裁判官はヨーロッパ人権条約に殆ど言及しない。むしろ従来の先例<sup>57</sup>を根拠とする比較衡量に基づいて、控訴院と同じ結論に到達している。条約に関する唯一の言及は、一般原理としては、誰でもいかなる



方法にせよ自分の望む他者に対して意思を伝達する権利がある。この原理は名誉毀損法その他の制約によって限定されており、当該制約はヨーロッパ人権条約10条に規定されている制約と同じである<sup>58</sup>として、当該制約を正当化する文脈で条約を用いている。同条が保障する表現の自由の積極的意義についても、それを具体化するヨーロッパ人権裁判所判例についても言及はない。他方、比較衡量においては、当該出版が公的利益を侵害することの証明の有無を厳密に判断し、その結果プレスという公的利益を支持する結論に到達した。

他方、Griffiths裁判官の比較衡量は、他の裁判官とは若干異なる結論に到達した点で興味深い。Griffithsは、まず冒頭で、秘密漏洩法は裁判官が作ってきた判例法であるが、二つの例外を除けば、個人の権利保護に関するもので、政府が法の保護を求めてきた場合にどのようなアプローチを採用すべきか明確なガイドを提供していないと述べている<sup>59</sup>。これは、本件がコモン・ローが曖昧または不明確な場合にあたることを意識しての発言とも考えられるが、条約が国内法化されていないことに関する言及が存在するわけではない。

Griffithsは、本件を競合する公的利益の比較衡量の問題としてとらえる。具体的には、一方に法務長官の主張する国家の安全、もう一方に言論の自由および民主社会において自由なプレスによって情報を伝達される人々の権利をおく。その上でヨーロッパ人権条約10条に言及する。すなわち、同条は、「国家の安全という利益」と「秘密に受領した情報の公表の阻止」を、表現の自由に対する権利を制約すべき根拠としては独立のものとして区別している。イギリス法がこれとは異なるアプローチをとるべき理由は見つからないので、前者の利益、すなわち、当該禁止が「国家の安全という利益」から正当化しうるかどうかという問題から検討するとした<sup>60</sup>。そしてこの点においては、高等法院Scott裁判官の判断を支持し、法務長官が主張する諜報機関の将来的実効性に対する損害の可能性よりも、言論の自由および自由なプレスという公的利益の

方が明確に優位するとして、差止命令取消を支持した<sup>61</sup>。

しかし後者の点では、すなわち秘密漏洩の点では、Griffithsの結論は他の裁判官とは異なり、GOおよびSの守秘義務違反を認め、かつSによる将来の連載をも禁止する結論に到達した<sup>62</sup>。Sは他のプレスと比較した際に不利な立場に立つかもしれないが、それはSが外国での同書の出版を奨励したことの代償であり、公衆は他のプレスから情報を受け取れるので損害を受けないとする。表現の自由に対する損害ではあるが、メディア全体としては同書の内容について自由に公表、論評、そして公衆に伝達できるから、その損害は相対的に軽微であるとする。

しかもプレスに対して以下のことを要請する。まず理想的には、編集者は政府弁護士 Treasury Solicitor<sup>63</sup>に当該情報の保持と公表の意図を通知すべきである。それが無理だとしても、少なくとも編集者は情報提供者の動機を詳細に検討すべきである。もしもその動機が金銭的なものならば公表の疑わしきは明らかである。動機が金銭的ではない場合にも、当該情報が真実ではなく故意に諜報機関の信用を損なう試みである可能性について検討すべきである。そして当該情報が真実であると信ずる重大な根拠が存在するとしても、関係大臣に通知せずに公表すべきかどうかは慎重に思案すべきである。大臣への通知によって不必要な公的騒動および諜報機関における秘密性の不当な喪失の可能性を招来せずに、調査取扱が可能だからである<sup>64</sup>。Griffithsは、前述した点を除くと、ヨーロッパ人権裁判所判例に対する言及はなく、よって同条約が実質的な影響を与えているとはいいがたい。

これに対して、Goff裁判官は全裁判官の中でもっとも条約を積極的に取り扱う。その前提として、Goffの見解の始め方は、Griffithsとの対比で注目できる。本件は、秘密保持義務という公的利益とそれに競合する公表を支持する公的利益との比較衡量を要する問題であるとまず設定する<sup>65</sup>。その上で、前者の観点から秘密情報の公表を阻止したい政府は、当該情報が秘密であることだけでなく、公表されないことが公的利益で

あることを証明する責任を負うとする。その理由として、自由な社会においては、政府の活動は審査と批判にさらされなければならないからである<sup>66</sup>。比較衡量に立つ点では他の裁判官と同様であるが、公表を阻止する側に、公表阻止の公的利益を証明する責任が課されている点に注目できる（Griffithsがプレス側に様々な条件を要請したのとは好対照）。

その上で、上記の部分に続いてヨーロッパ人権条約に言及する。まずGoffは、一般的前提として秘密漏洩に関するイギリス法と条約10条との間に矛盾は存在しない<sup>67</sup>、両者の違いはアプローチの違いに過ぎないとする。すなわち10条は基本的権利をまず規定しその上で条件づけているのに対して、イギリスでは誰もが何でも自由に行なうことができるが、法の規定に従わなければならない。よって、我々は自由な言論の推定の下にあり、続いて言論の自由に関する確立された例外を発見するために、イギリス法に目を向けるとする。

イギリス国内法における条約の位置づけとして、Goff裁判官は、「政府の条約に基づく義務と合致するように当該法を解釈することが…私の義務であると考え<sup>68</sup>」と述べている。しかもそこで10条2項に規定される「国家の安全の利益」や「秘密に受領した情報の公表の阻止」という文言のみならず、ヨーロッパ人権裁判所判例の要件にも言及する。すなわち10条2項の「必要な」とは「急迫する社会的必要性」であること、表現の自由に対する侵害は、遂行する合法的目的と釣り合う以上のものであってはならないといった点である。そしてイギリス裁判所において適用されるイギリス法が、これとは異なる結論に到達すると考える理由はないとする。Goff裁判官は、Spycatcherがアメリカ合衆国で出版されかつイギリスに流入している現状においては、同書のイギリスにおける出版を阻止することはばかげているという見解に立つ。その立場は比較衡量にも反映されていて、GOに対する差止を支持しなかった。この結論は、先に言及したヨーロッパ人権裁判所判例の要件にも合致すると評価しうる。

全般的に見ると、貴族院裁判官は、ヨーロッパ人権条約に言及しているが、同条約とイギリス法との同一性を強調することによって、実際の結論はイギリス法の判例に依拠した伝統的比較衡量によって結論を導き出している（よって、その中では、前述の Goff の積極性がひととき目立つ）。そのため条文の解釈やヨーロッパ人権裁判所判例の具体的言及はあまり見られない。よって注意すべき点は同条約と国内法は同じであるという前提である。この前提は、場合によっては、實際上両者の相違点が存在する可能性を無視し、その結果、条約違反の可能性を排除することができるからである。これは日本の裁判所が国際人権条約に対してしばしば示すアプローチと類似する。現に、ヨーロッパ人権裁判所における同事件の結論は、差止命令の後半期、すなわち合衆国で同書が出版された後も差止命令が継続されたことについては条約 10 条違反を認めたので、イギリス裁判官がいうようにアプローチの違いにすぎず結論は同じになるわけではないことを示している。他方、次に検討する Brind 判決と比較すると、ヨーロッパ人権条約の国内法における位置づけ（とくに条約が国内法化されていないこと）の言及が見当たらないのは特に興味深い点である。

## (2) 行政裁量における議会主権の壁 – Brind 判決の意義 –

### (a) Bibi 判決から Brind 判決へ

前節のような判決の存在を考慮すると、国内裁判所におけるヨーロッパ人権条約の関連性という点で、Brind 判決は非常に対照的である。イギリス裁判所は、行政法分野においては、Bibi 判決の立場を踏襲し、ヨーロッパ人権条約の関連性に対して抑制的態度をとりつづけてきた。そこで、Brind 判決評価の前提として、Bibi 判決から Brind 判決までの過程を、幾つかの判決の検討を通して観察しておく<sup>69</sup>、重要なポイントは、曖昧性ルールが明確化していくこと、およびその過程において曖昧性ルールが、「裏口からの国内法化の禁止」<sup>70</sup>という要請によって、より明

確な禁止規定に読み替えられていくことである（Brind判決の予兆）。

最初に検討する、Fernandes v. Secretary of State for the Home Department<sup>71</sup>は、Bibi判決を承継し、かつヨーロッパ人権委員会への申立が国内機関の決定に影響を及ぼすかという点で興味深い事件である。本件で問題となったのは、国務大臣がFernandesに対する国外退去強制命令の停止を検討する際にヨーロッパ人権条約を考慮する義務があるかという点である。とりわけ、Fernandesがヨーロッパ人権委員会に申立を行なったこと（そして委員会側がイギリス政府側に答弁を要請してきているが、国外退去強制命令の停止については何も言及していないこと）を、国務大臣は同命令停止を検討する際の考慮事項とすべきかどうか問題となる。

インド国籍のFernandesは、イギリスに住む子ども（成人）を訪ねて、1975年8月22日に6ヵ月の滞在許可を得て訪問者visitorとしてイギリスに入国した。結婚式出席のために滞在許可延長を申請し1976年8月22日までの滞在が許可された。その後さらに滞在許可延長申請を行なったがこれは拒否され、上訴を試みたがこれも拒否された（1978年5月18日）。1979年5月15日に国外退去強制命令deportation orderが発給され、8月19日に発効した。一方、その8日前の8月11日に、Fernandesがヨーロッパ人権委員会に申立を行なうことが、同人の弁護士の書簡によって国務大臣側に知らされた。そして10月17日に同委員会は、イギリス政府に対して、1981年1月までに当該申立に対する答弁を要請してきた。しかしながら同委員会は前述の国外退去強制命令の停止は要請しなかった。国務大臣は国外退去強制命令の停止を認めなかったので、Fernandesは当該決定の司法審査を合議法廷に申請したが拒否された。そこでFernandesは控訴院に上訴した。

Fernandesの根拠は、①国外退去強制は同人にとって家族離散を意味し、これは条約8条1項違反である。よってヨーロッパ人権委員会において議論しうる事件である。そして議論しうる事件であることが認めら

れば、移送の停止を国務大臣は認めるべきであった（たとえヨーロッパ人権委員会が国外退去停止を要請しなくても）。または、②国務大臣は、1980年8月11日に同委員会への申立が最初に通知された際に、命令を停止すべきであった。そうしなかったことは国務大臣が条約を考慮にいれていないということを意味する。いずれにせよ、国外退去強制命令を停止しなかった国務大臣の決定は、同じ立場におかれた合理的な人間ならば行わなかった決定であると主張する<sup>72</sup>。

しかし控訴院は、Fernandesの主張を認めず上訴を棄却した。まず、①の点では、ヨーロッパ人権委員会において議論しうる事件というだけでは十分ではないとする。その重要な論拠は、ヨーロッパ人権委員会の手続規則36則およびUppal事件である。Uppal事件でも国外退去強制命令が発給され、ヨーロッパ人権委員会に申立が行われた。この時は、同委員会は手続規則36則に基づき、委員会が申立の受理可能性を検討する間、当該命令を停止するようイギリス政府に要請したからである。本件ではそのような要請がないので、停止しなかったことが不合理であるとまではいえないとした<sup>73</sup>。

そして、②については、国務大臣は、移民法上の権限行使において、イギリス法の一部ではない条約との矛盾の存在を検討する法的義務を負わないとする<sup>74</sup>。その際、先例としてBibi判決<sup>75</sup>を参照し、制定法上に曖昧性が存在する場合、すなわちイギリス法に不確実性が存在する場合には、裁判所は当該曖昧性および不確実性を解明する一助としてヨーロッパ人権条約を参照することができ、常に条約と合致するように努めているとする。さらに、議会は条約を考慮に入れ、条約と合致するように法を制定しているものと裁判所は推定するというDenning裁判官の見解を踏襲する。

よって、本件では、ヨーロッパ人権条約は国内法の一部ではないので、内務大臣はこれを考慮に入れる法的義務を負わないということが判決の根幹をなしている。そしてそれは主としてBibi判決に依拠している。

しかし条約を全く考慮しないわけではない。裁判所が検討するのは、Fernandes側が主張する条約8条の家族生活の尊重ではなく、ヨーロッパ人権委員会手続規則36則および条約25条の個人申立権の意味である。そして本件ではUppal事件の場合のように36則による命令停止の要請がなかったことを、内務大臣の裁量行使の合理性を基礎付ける根拠としている。他方、移送命令の実行は、25条の個人申立権の障害とはならないとしている。つまり裁判所の法解釈や結論の点で、Fernandesの主張を否定する根拠としては、条約は重要な役割を果たしている。内務大臣の裁量が合理的かどうかの判断において、裁判所は条約を考慮に入れているということになる。

このことが示すのは、行政は条約を考慮することを禁止されているわけではないので、考慮しなくても、考慮しても不法ではないということである（もっとも非常に不合理な考慮を行えば不法にはなるが）。これは行政機関にとってみれば、行政側に都合のよいときだけ、都合の良い方法で条約を利用し、都合の悪い点には触れないという態度をとることを可能にすることになるのではないだろうか。

同じく、*R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Kirkwood*<sup>76</sup>においても、Kirkwoodによるヨーロッパ人権委員会への申立が、逃亡犯罪人引渡命令の停止の考慮事項となるかが問題となった。しかしFernandes事件の場合と同じく否定的な結論が出された。

Kirkwoodが同委員会に申立てた根拠は、条約3条である。殺人等の容疑でイギリス国内において逮捕された同人が、アメリカ合衆国カリフォルニア州に逃亡犯罪人として引渡されることは、同州に死刑が存在しかつ死刑実施に過度の遅延が存在することから、条約3条（拷問または非人道的な取扱いもしくは刑罰の禁止）違反であると主張する<sup>77</sup>。1983年7月14日、同委員会は手続規則36則に基づき引渡の停止を指示し、同10月17日および11月14日にそれを更新した。ところが12月15日には更新されなかった（理由は明らかにされなかった）。しかし申立の受理

可能性の審理が翌年3月5日から開始される予定は通知されていた。内務大臣は1984年2月に逃亡犯罪引渡命令を発給した。申立人は司法審査の申請の許可を申立て、裁判所は最高裁判所規則Ord. 53 r. 3(10)(a)に基づき内務大臣に対する命令の停止を認めた。内務大臣は当該停止の取消を申請した（その根拠は当該命令の刑事手続規則21条違反）。女王部は内務大臣の申請を認めた。

Kirkwood側は、Fernandes事件との違いを強調することによってFernandes判決との区別を求めたが成功しなかった。すなわち、より重要な基本的権利が重大な危機にあるときには、ヨーロッパ人権条約の関連性があるという同人の主張は否定された（Fernandes事件とは問題の程度が違うことは裁判官も認めている<sup>78)</sup>）。裁判所側は、Fernandes判決に依拠しつつ、同条約が国内法化されていないことおよび内務大臣は同条約を考慮する義務を負わない点を強調し、Fernandes判決と同じ結論に到達した。

Chundawadra v. Immigration Appeal Tribunal<sup>79)</sup>では、上記の路線はさらに補強され、Bibi判決およびFernandes判決の先例としての価値が強調された。本件では、カナビスcannabis（大麻の一種）所持のために30ヵ月の懲役に服していたChundawadraに対して、内務大臣は1985年2月6日に、1971年移民法3条5項bに基づき、公共の福祉の観点からタンザニアへの国外退去強制命令を通知した。そこでChundawadraは1971年法15条に基づき移民上訴審判所へ上訴したが、移民上訴審判所はこれを棄却した。さらにChundawadraは司法審査を申請したが拒否され、これに対して控訴院に上訴したのが本件である。本件の興味深い点は、Brind判決の「裏口からの国内法化」という言葉の起源が見出せることである。

司法審査の根拠としては、移民上訴審判所がヨーロッパ人権条約8条<sup>80)</sup>を考慮に入れなかったことがChundawadra側から主張された。内務大臣は国外追放を決定する裁量行使の際に、政府が締約国となっている条



約を考慮に入れることができるし、入れるべきであるとする。よって同8条を考慮に入れなかったことは、あらゆる関連事項を考慮に入れたとは言えないのでWednesbury原理違反であるとする。その上、これに加えてChundawardaは、合法的期待という新たな根拠を主張した。すなわち内務大臣や移民上訴審判所は、ヨーロッパ人権裁判所およびヨーロッパ人権委員会によって解釈されるように条約を考慮するはずであり、条約8条に由来する基準（同人を「国外追放することが犯罪防止のために民主的社会において必要か」）を考慮に入れることが両者には要請されているという期待である<sup>81</sup>。

しかし控訴院Glidewell裁判官は、いずれの根拠も否定した。第一に、同条約はイギリス法の一部ではないこと、そして1971年移民法の条項または移民規則に曖昧性は存在しないので、条約は同条項解釈のガイドとして働く余地はないとした。その先例としてBibi判決およびFernandes判決が参照されている。第二に、Fernandesは、国務大臣は1971年移民法に基づく制定法上の権限を行使する際に、条約を考慮に入れる義務は負わないことを示す明確な先例であるとされた<sup>82</sup>。

合法的期待についても、条約はイギリス法の一部ではないので、条約が考慮に入れられるというような合法的期待は生じないとした。すなわち、条約が国内法に具体化されていない以上、そして具体化されていないからこそ、イギリスの裁判所において条約を参照してはならないし、助けとしてはならない。それができるのは制定法ないしは他の法的分野において曖昧性の問題が生じた場合だけであるとする。本件はそれに該当しないので、条約を参照してはならないし、条約に従うべきであるとするいかなる期待も生じないとする。そして、このことを移民上訴審判所側の弁護士は次のように視覚的に表現しているとして、その言葉を引用している。「正面玄関が固く閉鎖されているときに、合法的期待という裏口を通して条約をイギリス法に導入することは適切でない<sup>83</sup>」。

しかも、もしも条約8条から生じる基準と1971年法3条5項の基準

が異なるものならば（異なるかどうかの判断はここではなされていないが）、条約上の基準の関連性を判断するのは困難であり、審判所は制定法に従うことが義務づけられているとする<sup>84</sup>。Glidewellは、国外追放は公共善のためになるかという問いに対する答は、「犯罪防止のために必要か」という問いに対する答と同じであろうとする。しかし、もしも二つの問いが異なる答を生じるような場合には、ヨーロッパ人権裁判所はイギリスの国内審判所が行なった決定が条約違反であると宣言するだろうと述べつつも、イギリスの裁判所に関する限りは、イギリス法に従わなければならないとする。

Caufield裁判官もGlidewell裁判官の意見を全面的に支持している。そしてBibi判決とFernandes判決は、ヨーロッパ人権条約はイギリス法の一部ではないことの明確な先例であること、Fernandes判決は同時に、1971年移民法に基づく制定法上の国务大臣の権限を行使する際に、国务大臣は条約の条項を考慮に入れる義務を負わないとする明確な先例でもあるとする<sup>85</sup>。

本件の重要な点は、ヨーロッパ人権条約がイギリス法の一部ではないということが、条約の参照を厳格に制約する根拠として使われていることである。この点は、行政裁量以外の領域における条約の扱い方と比較すると非常に対照的である。Bibi判決そしてFernandes判決を経ることによって、「制定法に曖昧性が存在する場合には条約を参照することができる」という命題が、逆転して「制定法に曖昧性が存在しない場合には条約を参照してはならない」という命題に置きかえられつつあるといえよう。すなわち曖昧性が存在しない場合に条約を参照することは、「裏口から条約を国内法化する」ことになるからである。「裏口」という表現自体にBrind判決の前兆を見出すことができる。よって本件では、条約は法律解釈や結論に影響を与えていないだけでなく、行政裁量においては条約の利用がさらに厳しく限定される傾向を示しているといえる。

(b) R. v. State for the Home Department, ex p. Brind判決－「裏口からの国内法化」の否定－

これまで観察してきた一連の判決の頂点に立つのがR. v. State for the Home Department, ex parte Brind<sup>86</sup>である。すでにChundawadra判決においてその前身が観察できた「裏口からの国内法化」の否定がよりいっそう明確に示された点でも、また、その論理が以後の判決の中で繰り返されている点でも、Brind判決は重要な意味を有する。そこでBrind判決においては、「裏口からの国内法化」の否定はどのように論拠づけられ、かつ後の判決をどのように拘束することになるのかに注目しながら検討する。

本件で問題になったのは、1988年10月19日に内務大臣がBBC (British Broadcasting Corporation 英国放送協会) およびIBA (Independent Broadcasting Authority 独立放送庁) に対して出したテロ行為に関わる者に関する放送禁止命令である。同命令が禁止するのは、1984年テロ行為防止（臨時措置）法および1978年北アイルランド（緊急措置）法に基づき規定される団体またはある特定の団体（シンフェーン、リパブリカン・シンフェーンおよびアルスター防衛協会）を代表する者の発言の放送や当該団体の支持や支持の勧誘に関する直接的発言の放送である（当該発言をナレーターによって間接的に報道することや、別の人物が当該人物を演じること（映画）は除外されている）<sup>87</sup>。

これに対してBrindをはじめとするジャーナリストらは、内務大臣の決定に関して司法審査を申請し、内務大臣の命令発給の決定は権限踰越 *ultra vires* であり不法 *unlawful* であるとする宣言を求めた。その主張の主たる根拠として、ヨーロッパ人権条約は重要な位置を占める。すなわち、自由な言論に対する侵害を要請するような急迫する社会的必要性は存在しないという点で、当該命令は条約10条違反であり、議会は国務大臣に権限を付与する際に、大臣による条約10条侵害まで認める意図はなかったはずだとする（よって内務大臣が条約10条に違反している

点で、当該命令は内務大臣が有する権限を踰越する)。

Brind 側の主張は以下の点で構成されている<sup>88</sup>。

第一に、制定法の曖昧性を契機とする、条約適合性の推定である（曖昧性ルール）。当該命令の過度の広汎性、ひいては制定法によって内務大臣に付与された非常に広範な権限（字義どおり解すれば絶対的かつ無制約）に着目し、実際にはこのような広範な権限を認めるものと解してはならないとする。よって1981年放送法29条3項および13条4項は、広範な権限付与を可能にする点で、曖昧かつ不明確であるとする。そしてこの曖昧性ゆえに、裁判所は、当該制定法上の目的とヨーロッパ人権条約との合致を確保するように、当該権限の範囲を狭く限定することができ、かつ限定しなければならないとする。

第二に、制定法解釈における条約適合性の推定である（一般的推定）<sup>89</sup>。議会は当該権限の範囲を限定する際に、イギリス政府の国際条約（本件ではヨーロッパ人権条約10条）上の義務に違反して大臣が行為することを認める意図はなかったはずである。制定法解釈原理としては、イギリスが締約国である条約の締結後に可決された制定法の文言は、当該条約上の義務を実行する意図の下に解釈されるべきである。よって規定上は広範な制定法上の裁量を裁判所が解釈する際には、基本的権利を不正に侵害する権限は否定するように解釈しなければならない<sup>90</sup>。国務大臣が条約10条に違反して行動するならば、国務大臣はその権限を踰越していることになる。

第三に、ヨーロッパ人権条約は、制定法によって国内法に明示的に編入されていないという点について反駁する。その根拠は制定法解釈のコモン・ロー上の一般原理および近年のイギリス裁判所の判例である。すなわち制定法によって編入されていないのは、編入する必要がないと考えられてきたからである。代々の政府は、国内法制度下の現行措置は条約上果たすべき義務と合致していると推定してきた。これをまず可能にしたのは制定法解釈に関するコモン・ロー上の一般原理である。すなわ

ち議会法は、可能であれば連合王国の国際法上の義務を推進するように解釈すべきで、同義務と矛盾するように解すべきではないとする<sup>91</sup>。その上、イギリス裁判所は、可能な場合には国内法と条約との合致を確保するように、条約およびヨーロッパ人権裁判所判決を参照していることは、現在のイギリス判例法から明らかであるとする<sup>92</sup>。これは制定法解釈の場合にも、行政裁量の司法審査の場合にも、そしてコモン・ローの宣言・適用の場合にもとられるアプローチである。条約に合致するように議会法を解釈できない場合にはじめて、イギリスの裁判所は制定法を適用しなければならず、その場合の救済は国際機関（ヨーロッパ人権条約機構）に委ねられるとする<sup>93</sup>。

第四に、条約適合性の点で実際に考慮すべき点として、ヨーロッパ人権裁判所が、条約10条の解釈原理として、表現の自由に対する侵害を正当化するためには急迫する社会的必要性が存することおよび遂行される合法的目的と釣り合っていることという要件を提示していることを指摘する<sup>94</sup>。それに関連して表現の自由の意義についても言及がある。なお、Brind側はこの急迫する社会的必要性を、イギリス公法原理上の比例性原理と同じものとして捉えている<sup>95</sup>。

第五に、1971年移民法に基づく閣僚の権限行使に対して司法審査を行なう際に、基本的権利が危機にさらされている場合には、より厳格な司法審査が要請されるとした<sup>96</sup>。

他方、内務大臣側の主張の主たる柱は、制定法に曖昧性が存在しないこと、および条約が国内法化されていない以上、裁判所によってそれを国内法化してはならないということである。後者の点については、前述したA-G v. GuardianおよびA-G v. Guardian (No. 2)と本件の相違点を強調する（というのは前二者においては、裁判所は、制定法の曖昧性や国内法化の不存在を強調していないからである）。前二者は守秘義務違反に関する私法上の訴えであり、秘密に受領した情報の公表阻止に関して、コモン・ローと条約10条が合致する場合である。だから後者

Brind判決のような、裁量権の限界の明確化が要請されている公法上の文脈において、同限界を定めるために条約を援用すべきであるとする主張の論拠（先例）にはならないとした。それを肯定することは、条約がコモン・ローの中に事実上国内法化されてしまうことになる。したがって、第一次立法に曖昧性が存在しないのに条約を援用することは非合法である。そして第二次立法における曖昧性は、裁判所が条約を考慮する合法的な理由を提供しないとする<sup>97</sup>。

控訴院判決は、内務大臣側の主張をほぼ認めるものである。Donaldson裁判官はA-G v. Guardianと本件との区別をした後に<sup>98</sup>、条約に関する検討に入る。そして、イギリスコモン・ローと条約の諸原理との間に、相違点は殆ど見出し難いと考えて<sup>99</sup>。その上、ヨーロッパ人権条約はイギリス法に国内法化されていないことを前提とすると、イギリス裁判所の義務は、現行のイギリス国内法に従って紛争を解決することであって、条約が国内的効力を有した場合の国内法に従ってではないとする。唯一の例外は、第一次立法が二つ以上の意味を有することが可能で、裁判所が国内法を適用する義務を遂行する際に、その真の唯一の意味を見抜き限定する場合である。その場合は様々な解釈原則が適用される。たとえば、反対の旨を示唆する明示的文言が存在しない場合には、立法は遡及しないまたは刑罰は伴わないといったことがあげられる。これらに加えて、適切な場合には、議会は、連合王国の条約上の義務に合致しないよりは、むしろ合致するように立法しているという推定が存在する<sup>100</sup>。

そしてDonaldsonは、委任立法および行政行為のヨーロッパ人権条約適合性に関して、Brind側弁護士Lesterの主張を否定した。すなわち、第一次立法に曖昧性が存在し、従って条約の文言を検討することが適切な場合、委任された立法権限は、条約の文言に合致して行使されなければならないという限定に服させる意図が、議会には存在したと解することによって当該曖昧性は解決されうるという見解は認められないとし

た。その理由は、それは議会が明確に正面玄関から条約を国内法に編入することを差し控えているのに、条約を裏口から国内法に編入する意図であったということを意味することになるからである<sup>101</sup>。

しかも、Donaldsonによれば、本件は、国内法に曖昧性が存在しない場合である。よって国務大臣は禁止命令の発給如何を決定する際に条約を考慮に入れるのは自由だが（そして本件においては実際に考慮に入れているが）、条約を考慮に入れる義務は負わないとした。さらに条約の文言は裁判所の決定と全く無関係であり、合議法廷がこれを検討したことは間違っているとした<sup>102</sup>。よって条約の国内法上の位置づけとして国内法化されていないことを強調し、かつイギリス法に曖昧性が存在しないことを確認することによって、本件では、条約は関連性がないという立場を明らかにする。

続くGibson裁判官も同様の見解である。国際条約は国内法に直接影響を及ぼさない、裁判所は制定法解釈原理の適用によって条約を国内法に編入することはできない（それは議会の役目である）とする。そして制定法解釈に関するコモン・ロー原理は、条約をイギリス法の中に編入する効力を有するというLesterの主張を否定した。Lesterは、*Garland v. British Rail Engineering Ltd.*<sup>103</sup>を根拠としたが、Gibsonは、この原理が通用する前提条件として、第一次立法に曖昧性が存在することを必要とするので根拠にならないとした<sup>104</sup>。McCowan裁判官も、本件に曖昧性が存在しない以上、条約を解釈の一助として参照できない。よって条約10条は、本件においては関連性がないとした<sup>105</sup>。

三者に共通するのは、本件において問題となっている法には曖昧性が存在しない以上、ヨーロッパ人権条約が関連性を有する余地は存在しないとしたことである。よって条約は結論、理由付けともに何の影響も及さなかった。ヨーロッパ人権条約の具体的条文解釈は、ここでは登場する余地はない。ヨーロッパ人権条約が国内法化されていないこと、しかも国内法上の効力を付与することができるのは議会だけであること、そ

れを裁判所によって付与したことになるような結果（裏口からの国内法化）を招来することはできないことが、いずれの裁判官によっても強調されたことに注目すべきである。

以上のような控訴院の結論に対してBrind側は貴族院に上訴した。その主張は、控訴院における主張と基本的には同じであるが、中でも以下の二点に焦点をしばった。①行政決定は、急迫する社会的必要性なしには、ヨーロッパ人権条約およびコモン・ローにおいて承認されている、基本的権利および自由を侵害してはならない。②合法的権限であっても行き過ぎた方法で行使してはならない（比例性原理）。しかも控訴院での論議を踏まえ、さらに幾つかの興味深い指摘を行なっている。

第一に、ヨーロッパ人権条約が国内法化されていないという点について、確かにイギリス法の一部ではないが、イギリス法の源sourceであると主張する<sup>106</sup>。イギリス市民は、行政、立法、司法の三機関が条約に合致しているはずだという、条約の批准に基づく合法的な期待を有する。よって裁判所は、コモン・ローが条約と同じように発展していることを確保するために、条約を参照しなければならないとする。第二に、同条約がイギリス公法原理の発展・適用に特別な関連性を有するという、同条約の特殊な性格である。というのは通常の国際条約とは異なり、同条約は、公的機関の誤った権力行使に対して、人権違反を国際機関に直接主張できる権利（個人申立権）を個人に付与しているからである<sup>107</sup>。第三に、EC法（ECは同条約をECの一般原理として承認している）との関係から、貴族院がヨーロッパ人権条約と関連性をもつ可能性が指摘された<sup>108</sup>。

しかしながら貴族院も、ほぼ控訴院の論理を踏襲してLesterの主張を拒否した。すなわちヨーロッパ人権条約はイギリス国内法の一部ではない。ただし制定法上の曖昧さや不明確性を解決するために、議会は条約に合致するように立法を行なう意図であったという推定を援用することができる。しかし1981年放送法29条3項の文言に、曖昧さや不明確



性は存在せず、同条に基づく国務大臣の裁量は条約に合致するように行使されなければならなかったという推定は存在しないと結論した。

Bridge 裁判官<sup>109</sup>は、条約は国内法化されていないこと、イギリスの裁判所は条約を直接実施できないことを前提とする。ただし国内法に曖昧性が存在する場合、議会は条約に合致するように制定する意図であったと裁判所は推定することは確立されているとする（曖昧性ルールの確認）。しかし、立法者の意図として、行政裁量は条約上の制約の範囲内において行使されなければならないという推定には、説得力を感じるが、支持し得ないとする<sup>110</sup>。その根拠は、議会在が執行部に対して行政裁量の制約範囲を明示せずに当該裁量を付与している場合に、条約上の範囲内において行使されなければならないと推定することは、曖昧性の解決を越えるからである。それは、執行部は条約に合致するよう裁量を行使しなければならないという意図が議会にあったとするだけでなく、国内裁判所は、国内行政法の解釈・適用において、ヨーロッパ人権条約の文言およびヨーロッパ人権裁判所判例を当該行政法の中に編入することによって、条約適合性を実際に実施しなければならないということを意味する。議会在が実際に条約の国内法化を長年行わなかったのに、裁判所が議会の助力を得ずに、国内法の中でも重要な領域において条約を国内法化する手段を突如として有していることになるとしたら驚くべきことだとする。そしてこれは司法部による立法機能の篡奪であるとする<sup>111</sup>。

以上のような立場にある Bridge 裁判官には、表現の自由は競合する公的利益のうちの一つというよりも、「急迫する社会的必要性」の観点から必要最小限の制約にのみ服するものであるというような認識は存在しない。本件ではもっぱらテロリストを取り締まる法務大臣の公的利益が強調される。また本件の禁止命令は放送する事柄に対する制約ではなく、表現の仕方に対する制約であるとする<sup>112</sup>。

Ackner 裁判官<sup>113</sup>の場合は、イギリス法原理による検討に基づく判断を下してから（当該命令による制約は、Wednesbury 原理によれば、必

要最小限で、不合理ではない)、ヨーロッパ人権条約の論点に入る。そしてその論理はもっぱら内務大臣側、そして控訴院の論理を踏襲するものである。まず条約10条を全文引用した後に、条約は国内法化されていないこと、そして議会が立法を行ない、当該制定法の文言が明確であるならば、当該制定法の適用が国際法違反となっても当該制定法が適用されなければならないというのが憲法原理であることを確認する。そして唯一制定法が曖昧または不明確場合にのみ条約を考慮に入れることができるとする。Ackner 見解の重要な点は第一に *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise* の Diplock 裁判官の見解は、後の *Garland v. British Rail Engineering Ltd.* によって修正されてはいないと解していることである<sup>114</sup>。よって後者だけを独立して用いて、曖昧性の条件を必要とせずに一般に制定法は条約上の義務を実施するように解釈されなければならないと読むことはできないとして一般的推定ルールを否定する<sup>115</sup>。第二に、上記の曖昧性の要件は、*Bibi* 判決から *Fernandes* 判決、そして *Chundawadra* 判決と引き継がれ、強化されていることを踏襲・確認したことである<sup>116</sup>。

そして結論として、国務大臣が条約を適切に考慮に入れる義務、すなわち条約10条に合致するよう行動する義務を負うとするならば、必然的に条約を裏口からイギリス国内法に編入することになるとする。それは裁判所の義務として、条約の実施を監視させ、かつ訴えがあれば、ヨーロッパ人権裁判所判決に明示された原理を適用して当該制約が「民主的社会において必要」かどうかを各々の事件において自問させることになる。条約はイギリス法に編入されていない以上、権利や義務の源にはなりえないし、よって「国務大臣は条約10条に違反して行動したか」という問題は生じないとする<sup>117</sup>。

よって、条約に国内法上の位置づけとして、条約は国内法化されていないことの強調がその後の論理展開を決定している。しかも、Ackner の場合には *Wednesbury* 原理の論点の検討を先に済ませてから、ヨーロ

ッパ人権条約の論点の検討に入っている。だからヨーロッパ人権条約の論点はWednesbury原理の論点とは関連しない（条約は国内法化されておらず、かつ同法に曖昧性はないのだから出番はない）という認識が明確に表れている。よって条約の言及は結論にも理由付けにも全く影響を有しない結果となった。

以上の見解とは異なるアプローチを示したのが、Templeman裁判官である。Templemanは、条約は国内法化されていないので、曖昧性が存在する場合にしか制定法解釈の一助とはならないという主張を行わずに、当該法務大臣の裁量の司法審査に入ったからである。しかもその際に、ヨーロッパ人権裁判所の評価の余地理論にも言及し、行政裁量と本質的に同じものだととらえる<sup>118</sup>。そしてWednesbury原理に従って、「法務大臣はあらゆる関連事項を考慮に入れたどうか、そして関連しない事項を排除したかどうか」を検討するとする。そしてこの条件は本件では満たされていると判断した（よって結論的には他の裁判官と同じである）。

Templemanの特徴は、「条約の用語では」として、用語の言い換えをしばしば行なっていることである。すなわち、合理的な法務大臣ならば、当該状況の下で、実際に課された表現の自由に対する侵害が正当化するという結論に合理的に到達したかどうかという問い（Wednesbury原理の公式）は、ヨーロッパ人権裁判所によって解釈される条約の用語では、表現の自由に対する侵害は必要かつ損害と釣り合ったものかという問いになると言い換えている<sup>119</sup>。よってWednesbury原理とヨーロッパ人権裁判所の比例性原理は同じものであるという認識に立つ。そして上記の原理を適用すると、法務大臣は自己の権限を濫用したり踰越したりしてはいない（侵害は必要最小限かつ必要である）という結論に到達するのである。他の裁判官とは異なり、条約の関連性を排除してはいない。むしろ条約上の用語や概念を積極的に援用している（ただしそれがヨーロッパ人権裁判所と同じ理解かどうかは別問題である）。

結論自体は他の裁判官と同じであるが、その筋道はむしろ Brind 側弁護士 Lester の主張に近い<sup>120</sup>。よって問題は、第一に、Templeman は、曖昧性の有無を問題にせずに条約の関連性を一般的に肯定しているのかどうかである。もしも一般的推定に立つと考えるならば、Brind 判決のいわば突破口をここに求めることができる。第二に Templeman 裁判官のヨーロッパ人権条約解釈は妥当なものか、とりわけ Wednesbury 原理と評価の余地理論は同じものと解することができるのかという点である<sup>121</sup>。

総合的に見ると（Templeman を例外として）、Brind 貴族院判決は、Bibi 判決以来の行政裁量に関する判決の流れの到達点といえる。行政裁量が問題になる分野では、裁判所がヨーロッパ人権条約を考慮事項とする前提条件として、制定法上の曖昧性が必要であることが、議会主権原理から明確に根拠付けられたからである。以後の行政裁量が問題になる事件で、この論点が出るたびに Brind 判決が繰り返し参照され、現在のところこの障壁は越えられていない<sup>122</sup>。だからこそ、イギリス憲法原理の下では、「裏口からの国内法化」ではなく「正面玄関からの国内法化」（議会法による国内法化）しかありえないことが明示され、後者の主張に焦点がしぼられ実現に至ったといえる。

以上のような動向には、以下のような問題点が指摘できる。第一に、曖昧性ルールの中では、行政裁量以外の分野では積極的に条約を考慮事項としつつ、行政裁量が問題になる場合、曖昧性の存在を前提条件として考慮事項とするという区別の合理性である。裁判所が制定法解釈を行なう際に、議会は国際法上の義務に合致するように法律を制定することを意図しているという一般的推定の存在は司法上確立しているにもかかわらず、当該法律によって委任された権限を行使する行政機関の方は国際法上の義務を考慮する必要はないということになるからである。裁判所が行政裁量の違法性の有無を判断する際に、行政機関が国際法上の義務を考慮したかどうかは判断事項ではないということになる。議会は明

示的意図によらないかぎり、通常国際法上の義務を遵守していると推定されるのに対して、その議会法に従って職務を行なう行政機関は国際法上の義務を考慮しなくてもよいとすることは、行政機関は議会の意思（立法）に拘束されるものであるという両者の憲法上の関係と齟齬を来たす<sup>123</sup>。しかもヨーロッパ人権条約が人権を保障する条約であり、かつ発展しつづける文書であることを念頭におくと、その不合理さはさらに明確である。議会は同条約の発展性をも考慮に入れて人権適合性を常に検討しなければならないのに対して、行政機関はそれも考慮する必要がないということになるからである。しかも日常業務において新たな問題に最初に直面するのは行政機関であることを念頭におくと、このような解釈の実際上の不都合性は明白である。

第二に、曖昧性の有無の判断が、実際にはどのように行なわれているかという点である。ヨーロッパ人権条約が考慮されるかどうかは、実際には、イギリス法の曖昧性の有無如何である。曖昧性の有無の判断が恣意的に行われれば、結果として、国際人権条約に対する参照の可否が、当該事案の実質的関連性とは離れて、曖昧性判断を通してコントロールされる危険性が存在する<sup>124</sup>。他方、理論的には、この曖昧性ルールの根拠である、「裏口からの国内法化」の禁止という点に対しても、人権条約の特性の考慮によってこれを克服する可能性は存する<sup>125</sup>。

第三に、すでに指摘したように、条約の考慮は行政機関の義務ではないが、他方、考慮すること自体が禁止されているわけではないので、これを逆手にとって、条約が行政機関にとって都合のよい使われ方をする危険性も存する。

第四に、カテゴリーという観点からみると、本件は、行政裁量が問題になる事件とそれ以外の事件の区別、そして前者においても制定法の曖昧性の有無による区別という、二種類の区別が明確化された点で重要な意味を有する。

最後に、A-G v. Guardian、A-G v. Guardian (No. 2) そしてBrind判

決に関して指摘すべき重要な特徴は、ヨーロッパ人権条約を主張・援用する弁護士が存在である（ストラスブールへ事件を提起する場面でも活躍している）。80年代末から90年代初頭においては、条約は、初期に見られたような付随的にあるいは補足的に追加される論点ではなく、中心的論点に据えられ、主張の中で全面的に展開されている。同条約および同判例法に精通した弁護士の存在は、国内裁判所におけるヨーロッパ人権条約の浸透を奨励する上で（ひいては同条約の国内的实施を促進する上で）非常に重要な存在である（しかも、その代表格であるLesterはヨーロッパ人権条約国内法化論者でもある<sup>126)</sup>）。国内裁判所における条約の援用の可能性と限界を十分知り尽くしているからこそ、より説得的な論拠を考案し、条約利用の可能性に挑戦し続けている。しかも初期の判決の状況と異なる点は、彼らが参照できるヨーロッパ人権条約判例が豊富に存在し、国内の事件に直接関連性を有する判例が提供できる段階に到達したことである<sup>127)</sup>。裁判官にとっても、参照する具体的判例の存在は、抽象的な条約上の権利の解釈・適用における、実際上の抵抗感や違和感を緩和する効果を有すると考えられる。

以上、指摘したような問題点が、1990年代においては、新たな局面の中でどのような展開を見せているかを次に検討する。

#### 4 人権保障における新たな局面の展開－1990年代－

##### (1) 背景

新たな展開を生じさせる、第一の強力な要因は、すでに指摘したヨーロッパ人権条約自身の発展である。ヨーロッパ人権裁判所判決および委員会決定の集積はヨーロッパ人権判例法と呼びうる実体を形成し、抽象的人権文書はいまやこの判例法によって具体化されつつある（しかもこの動向は常設人権裁判所の設置（第11議定書）の設置によって補強されようとしている）。同時に、このことは、ストラスブール・レベルにおいて、イギリス政府を被告とする判決・決定が累積しており、そこか

ら一定の傾向や特徴も引き出せるということである<sup>128</sup>。この点は、イギリスだけでなく他の締約国についても言える<sup>129</sup>。

第二、国内における「人権 human rights」の普及である。実務レベルでヨーロッパ人権条約がますます活用される一方、ヨーロッパ人権条約判例の影響を受けて理論レベルにおいても同条約の摂取が観察できる。たとえば、ヨーロッパ人権条約のテキストや解説書の増加のみならず、従来の憲法や市民的自由の教科書の中でも、国内判例と並列的に分析対象となっている。このことは、次世代の法律家にとっては、法学教育を通じて、さらに同条約が身近なものとなるということを意味する<sup>130</sup>。しかも長らく成文の人権規定を有しなかったイギリスにおいて、同条約は権利章典制定論議における重要なモデルでありつづけてきたが、とうとう同条約の国内法化という形で実現した（1998年人権法 the Human Rights Act 1998）。

第三に、以上のような状況は、裁判官自身がヨーロッパ人権条約に、真剣に取り組まざるをえなくさせている。その背景には、イギリス裁判所で出された結論が、実質的にストラスブールで覆されるという当惑的結果に直面する可能性が存する。たとえば、A-G v Guardianにおいてイギリスの裁判官が出した結論－中間差止継続－が、ストラスブールでは条約違反と判断されたことの影響は大きい<sup>131</sup>。

しかもすでに観察してきたように、初期の判決から A-G v. Guardian および Brind 両判決までの経過の中で、裁判官が現行憲法の枠組（議会主権）の下でとりうる解釈の限界は明確にされた。換言すれば、当該限界を踏み越えることは議会主権に反することになり、現在の裁判官にはとりえない選択である。よって一部の上級裁判官によるヨーロッパ人権条約の国内法化論を招来することとなった。しかもこのような展開の根底には、裁判官自身における世代交代も指摘できよう<sup>132</sup>。

一方、議会主権の枠組を維持しつつ、立法による同条約の国内法化を行わずにして、いかに同条約と国内法との調和を実現するかについても、

様々な論理構成が試みられている。その筆頭に Laws 裁判官<sup>133</sup>や Browne-Wilkinson 裁判官<sup>134</sup>を挙げることができる<sup>135</sup>。Laws は、ヨーロッパ人権条約の参照を通じて司法審査に関するコモン・ロー上の諸原理を洗練させることによって、基本的権利に高い優先性を保障することが可能だとする。とくに、行政法の分野における Wednesbury 原理の適用範囲を拡張し、基本的人権を侵害するような行政の裁量行使に対処する司法審査原理の確立を主張する。

他方、Browne-Wilkinson は、制定法解釈に関する伝統的原理を再検討して、人権保障に有利になる一般的推定原理の存在を主張する。しかもその原理は、議会が個人の自由を制約することを明示的に規定しないかぎり、当該制定法は個人の自由を制約する意図はなかったと推定する、という意味にとどまらないとする。議会が制定法によって行政機関に広範な権限を付与した際に（付与された権限には、文言上曖昧性は存在しないとしても）、当該権限は当該制定法の目的を実現するのに必要なかぎりにおいて行使されること－個人の自由に対する制約は当該目的の観点から必要最小限度であること－を議会は意図していたと解すべきだとする<sup>136</sup>。核心は、個人の自由を制約する行政立法を、裁判所は厳格に審査するという点にある。両者の基調にあるのは、コモン・ローに対する信頼－コモン・ロー自身に適応能力が存する－、そしてそのことを裁判官が再認識する必要性にある。

その際に注目すべき点は、「コモン・ローとヨーロッパ人権条約は同一である」という従来主張が、「ヨーロッパ人権条約の観点からコモン・ローを発展させよう」という方向へ、やや重点が移行しつつあることである。これは一部の論者によって、人権保障における司法積極主義の登場として評価されている動向でもある<sup>137</sup>。実質的に見ると、ヨーロッパ人権条約の参照が、コモン・ローの発展として捉えうる限界を越えさせている可能性も考えうる。もしそのような場合が生じるとすれば、従来、イギリスの裁判官が非常に謙抑的に対峙してきた裁判官による法



創造の問題について、新たな展開が生じることになる<sup>138</sup>。そこで、次に、最近の判決の分析を通して、このような動向が実際にどこまで観察できるか、今後どのような発展可能性を有するか、そしてそれに随伴してどのような問題が生じるか（とりわけ前節3の最後に指摘した問題点）を検討する。

## (2) 最近の判決から観察できる新たな局面

1990年代以降の急激な増加（特に最近五年間）は、これまで片鱗として指摘してきた特徴を、一定のカテゴリーとして把握することを可能にし始めている。具体的には、(a)制定法解釈の一助、(b)コモン・ローの発展、(c)司法裁量、(d)行政裁量（Wednesbury原理の発展）という4つの場面において、ヨーロッパ人権条約の援用・言及が観察できる。そこで、それぞれについて、前節で提示した問題意識の下に、代表的判決を検討する。しかも、1990年代の判決においては、前節で詳細に検討したA-G v. Guardian判決およびA-G v. Guardian (No. 2)判決そしてBrind判決が頻繁に引用されており、これらの判決がヨーロッパ人権条約の可能性と限界を画したという意味で重要な役割を果たしていることが観察できる。この点についても注意を払いながら検討する。

### (a) 制定法解釈の一助としてヨーロッパ人権条約を利用する場合－一般的推定－

これは、伝統的な制定法解釈原理（一般的推定ルール）を基礎とする。伝統的制定法解釈原理としての一般的推定は、議会が個人の自由を制約することを明示的に制定法の中に規定しないかぎり、当該制定法によって個人の自由を制約する意図は議会にはなかったと推定する。これからは次のような推定が導出できる。まず、議会が制定法によって行政機関に広範な権限を付与した際に（付与された権限について文言上曖昧性は存在しないとしても）、当該広範な権限は、当該制定法の目的実現に必

要なかぎりにおいて行使されることを、議会は予定していると推定する。そして、この推定の中には、当該権限による個人の自由に対する制約も、当該制定法の目的の観点から必要最小限度であることを議会は予定していると推定することが含まれる。以上のようにして、伝統的制定法解釈原理の中から、人権保障に有利になる一般的推定原理を引き出すことができる。

これはすでに紹介したBrown-Wilkinson裁判官の主張であり、判決の中に幾つかの実践例を見出すことができる。最近の例としてはMarcel v. Commissioner of Police of the Metropolis<sup>139</sup>を挙げることができる。ところでこの見解のルーツは、Wheeler v. Leicester City Council<sup>140</sup>における同裁判官の反対意見に求めることができる。そこで先に同判決における同裁判官の論理を検討し、その上で両者を比較することにしたい。

Wheeler v. Leicester City Councilの発端は、Leicester地方自治体が南アフリカのアパルトヘイトを理由として、同国とのスポーツ交流を支援しない方針をとっていたことによる。ところが、1984年にEnglish Rugby Football Unionは南アフリカに遠征チームを送ることを決定し、そのメンバーとしてLeicester市のラグビー・フットボール・クラブのメンバーからも一部選出した。そこで同市は上記の方針から参加辞退を要請した。しかし同クラブの中から3人のメンバーが遠征に参加した(同クラブは、クラブ自体はアパルトヘイトを支持しないが、アパルトヘイト撤廃の方法については様々な見解がある上、参加の決定は各アマチュアスポーツマンに任されている問題であるので、クラブとしてメンバーに参加辞退を強制できないと返答していた)。その結果、Leicester市は同クラブによる同市の運動場使用を12ヶ月間禁止することを決議した。そこでクラブのメンバーは司法審査を申請した。同申請は拒否され、さらに上訴した。

控訴院多数意見は上訴を棄却し、同市は、運動場の使用に関して裁量権を行使する際に、1976年人種関係法71条に表明されている良好な人

種関係を促進するための必要性を考慮することができると判示した（なお本件ではヨーロッパ人権条約の関連性は否定された）<sup>141</sup>。これに対しBrown-Wilkinsonは反対意見を表明した。Brown-Wilkinsonは、本件では、民主的社会における二つの基本原理の衝突を生じているとする。すなわち、民主的に選出された団体が自己の見解にしたがって行動する権利と、民主的社会において各個人によって享受される言論および良心の自由に対する権利である<sup>142</sup>。問題は、公共財産および公的資金の管理のために、民主的に選出された公共団体に付与された一般的権限を、当該公共団体の見解を合法的かつ合理的に支持しなかった者を処罰するために、合法的に行使しうるのかということである<sup>143</sup>。

ヨーロッパ人権条約の国内法化の観点から興味深い点は、Brown-Wilkinsonが、これまでは憲法慣習 constitutional conventionsの存在ゆえに、この種の問題は比較的最近までは生じなかったと述べている点である。従来は、個人の人権を保障する成文憲法が存在しなくても、憲法慣習によって、多数派は多数派の政策を実施する際に、多数派に同意しない個人を差別することのないように権限を行使していたとする。ところが現在では政治的見解の多極化によって、こうした慣行の遵守は消えつつある一方で、多数派の権限行使から個人の権利を守る成文憲法がイギリスには存在しないということを指摘する<sup>144</sup>。

このような状態に対するBrown-Wilkinsonの処方箋は、以下のようなものである。「反対の旨を規定する明示的法律条項が存在しない場合には、各個人は自己の見解を保持し表明する権利を有することが、イギリスの憲法の一部であることは疑いがない<sup>145</sup>」。イギリスにおける言論や良心の基本的自由は、権利を付与する明示的条項に依拠するのではなく、法によって禁止されないかぎり、望むことは何でも行なうことができるという自由に依拠する。人身の自由は、限定された状況を例外として、何人も個人を合法的に逮捕する権利は有しないという事実に基づくのである。言論の自由に対する権利は、当該個人の見解が名誉毀損または扇

動的ではないかぎり、個人が自己の見解を表明することを阻止する権利を何人も有しないという事実に基づくのである。よって基本的自由は積極的権利ではなく、他者の干渉からの自由である<sup>146</sup>。したがって、議会制定法の一般的文言は、イギリス人の自由の基礎である基本的自由への干渉を認めるものと解してはならない。議会は（主権者であるので）、当該基本的自由に対して干渉するように立法することはできる。しかし、干渉する権利を、議会以外の他者に明示的文言によらないで付与したと解してはならない<sup>147</sup>。よって同カウンシルの決定は、法的に関係のない事項を考慮した点で、不法であるという結論に到達した<sup>148</sup>。なお本件は行政裁量に対する司法審査が問題となっている。よってこのBrown-Wilkinsonのアプローチは、先に検討したBrind判決の論理からすると議会主権との関係で問題が生じる可能性がある。現に貴族院では、議会の意思の一般的推定というアプローチには全く言及がなかった<sup>149</sup>。

上記のアプローチは、前述したようにMarcel v. Commissioner of Police of the Metropolisに引き継がれる。本件では、警察が刑事事件の捜査過程において1984年警察および刑事証拠法the Police and Criminal Evidence Act 1984に基づく権限によってMarcelから押収した文書を、文書提出命令によって第三者に公開することができるか、Marcelは、第三者が別件の民事訴訟において当該文書を使用することを差し止める権利を有するかが問題となった。本件では、Marcelを逮捕する際に押収していた文書が、別件の民事訴訟に提出することが文書提出令状によって警察に要請された。同文書は、別件の審理過程で読み上げられ、公開法廷において検討された。そこでMarcelは押収された文書の使用制限を裁判所に申立て、認められたものである<sup>150</sup>。

Brown-Wilkinson裁判官は、一般的推定原理によって使用制限を認めた。すなわち、1984年法には押収文書の使用目的に関して明文規定が存在しない以上、当該権限が付与された目的である公的利益の保護を確保するために必要とされる以上に、個人の基本的権利を侵害する目的で

議会が立法したとは考えられないという推定を行なう。これは前述した Wheeler 判決での同裁判官の立場と同じである。したがって犯罪の捜査・訴追が押収文書の使用目的であって、それ以外のいかなる目的でも警察が適切と考えたならば使用できると議会が認めたと推定してはならないとする<sup>151</sup>。

しかも、Wheeler v. Lester City Council 判決と Marcel 判決において、同裁判官はヨーロッパ人権条約の関連性自体は否定したが、その否定するレベルが異なる点にも注目しておくべきである。前者の時点では、世界人権宣言およびヨーロッパ人権条約は国内法化されていないことおよび両者はイギリス国内法によって確立されている権利以上のものを保障するものではないことから、検討する必要はないとして排除した。これは初期の判決において頻繁に観察されてきたアプローチである。

他方、Marcel 判決では、本件において、ヨーロッパ人権条約 8 条は、有用ではないという理由で排除した<sup>152</sup>。なぜならば同条は個人の私生活に対する尊重に対する権利という一般原理を規定しているが、同時に同条 2 項において他者の権利を保障するために当該権利の制約を認めているからである。よって警察が、第三者の法的権利保護のために、第三者に対して押収した文書を公開できるかという問題を解決しないとする。これは、裏返せば条約が有用な場合も存在し、その場合には考慮される必要が生じるということになる。同条約が国内法化されていないことや同条約上の権利はイギリス法上の権利と同じであるので検討する必要がないという、初期の判決によく見られたアプローチによって条約の関連性を否定しなかったことに注目しておきたい。これは 1990 年代の判決の特徴を示している。現在では、上記のような理由だけでは、ヨーロッパ人権条約を排除する根拠としては不十分であるという懷疑が生まれつつあるといえよう<sup>153</sup>。

先に紹介した Browne-Wilkinson の主張<sup>154</sup>と合わせて解すれば、条約が有用な場合には、この制定法解釈の一般的推定を十分補強するものに

なるはずである。さらにこの観点から、Browne-Wilkinsonが議会意思の一般的推定の先例として依拠している *Morris v Beardmore*<sup>155</sup> の Scarman 裁判官の主張にも注目すべきである。本件において、Scarman は、議会が個人の権利を制約する権限を警察官に付与している場合に、明示的文言以上の権限を付与するものと解してはならないという見解に立っている。そして判決の中で、同裁判官は、本件においてコモン・ロー法律家にはなじみのない形容詞を意図的に使ったこと、すなわちプライバシーの権利を「基本的 fundamental」と表したことを明らかにする。そしてそのように表した理由の一つにヨーロッパ人権条約を挙げているからである<sup>156</sup>。

なお、Marcel 判決においてヨーロッパ人権条約の有用性はないという結論を導き出したのは、同条 2 項の理解の不十分さによるところが大きいと思われる。同項は第三者の権利保護のために 8 条の権利の制約を認めているのではなく、第三者の権利保護のために「民主的社会において必要」な場合にのみ制約を認めているのである。よって民主的社会において必要かどうかという検討を、本件においても行なうことができたはずである。よって、Browne-Wilkinson の主張する議会の意思の一般的推定原理とヨーロッパ人権条約とは、拮抗するものではなく両立可能なものである。

ところで制定法解釈における一般的推定と行政裁量に関する司法審査に関する *Wednesbury* 原理は、同一の問題の異なる側面において行使される可能性がある。この点について、Brown-Wilkinson は重要な指摘を行なっている<sup>157</sup>。彼は、*Raymond v. Honey* を例に引いて次のような分析を行なう。この事件で問題になったのは、国務大臣が 1952 年刑務所法に基づき、刑務所の規制と管理のために規則を制定する権限である。当該権限に基づき制定された 1964 年刑務所規則<sup>158</sup> は、囚人が投函した手紙を検閲する権限を刑務所長に与えている。本件において、刑務所長は囚人が弁護士に送った訴訟に関する手紙を検閲し、弁護士には送付し

なかった。そこで囚人は刑務所長の行為は不法であるとして訴えた。

Brown-Wilkinson は、本件は三つの問題を提起するという。第一に、当該議会制定法の正しい解釈は、囚人が裁判所にアクセスする基本的権利を侵害する規則の制定を認めているか。第二に、第一の点が肯定される場合に、刑務所規則自体は当該侵害を認めているか。第三に、第二の点が肯定される場合に、当該権限は正当に行使されたか、である。

Brown-Wilkinson の指摘によれば、通常、司法審査においては、後二者の点に重点が置かれていて（もしも合理的な大臣であったならば、当該刑務所規則は必要であるとの見解に到達したであろうか）、第一の点（正しく解釈された規則制定権は、非常に基本的な人権を侵害する規則の制定を認めるであろうか）ではない。しかしながら、Raymond v. Honey では、貴族院は上記の誤りを犯さずに、第二、三の点を検討する前に第一の点を問題にしたとする。そして、制定法自体の正当な解釈に基づけば、国務大臣は、囚人の基本的人権を侵害する刑務所規則を制定する権限は有しないと判示したと評している。よって彼は、第二、第三の点に進む前に、まず第一の点を十分に吟味することによって、半・権利章典を有するのと同じ効果をあげることができるとする。すなわち、制定法解釈の伝統的原理によって個人の基本的自由を保障することが可能になり、ヨーロッパ人権条約を考慮したのと同じ結果が得られると考えている<sup>159</sup>。

この点に関して重要なのは、この一般的推定理論が、前述の Brind 判決の障壁をどれだけ乗り越えることができるかである。Brind 判決は、条約の参照の可能性を、制定法の文言に、厳密な意味において曖昧性が存在する場合に限定し、制定法が広範な権限を付与していても、それ自体が制定法の文言上の曖昧性を意味することにはならない、よって条約は関連性を有しないという結論を導き出しているからである。

R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Leech<sup>160</sup> は、この区別に関して明解な具体例を提供する。本件においても 1952 年刑

務所法47条1項に基づく刑務所規則33条3項による刑務所長の手紙の検閲が問題となった。第一審のWebster裁判官は、前述した、Brown-Wilkinsonが指摘するところの第二、第三の問題として扱い、Wednesbury原理（もしも合理的な大臣であったならば、当該刑務所規則は必要であるとの見解に到達したであろうか）を用い、不合理性は存在しないとして司法審査の申請を拒否した。

これに対して控訴院Steyn裁判官は第一審とは異なるアプローチをとるべきことを明示して<sup>161</sup>、第一の問題として本件を扱った（制定法上の一般的権限は、刑務所規則33条3項のような規則を制定することを認めているであろうか）。この検討の前提は、制定法上の制約は、コモン・ロー上の権利を侵害しないことが、一般的に推定されることである。換言すれば、当該制約が明示的にまたは必然的な黙示の意味として規定されていないかぎり、一般的に付与された規則制定権の解釈は、一般的推定（基本的権利を侵害する規則の制定を認める意図は存在しない）に反しないように解釈される。しかも重要な点は、第一次立法が明示的には規則制定を認めておらず、必然的な黙示の意味として当該規則制定を認めているといえるかどうかの問題である場合には、「侵害される権利が基本的であればあるほど、そして当該制約が強力なものであればあるほど、当該黙示を認めることはより困難になる」と述べた点である<sup>162</sup>。黙示の意味として権利制約が認められる場合をできるだけ狭く解していることになる。

そして、Steynは、民事訴訟を開始しようとする囚人が、弁護士から助言や援助を受けるために、妨害されることなく弁護士にアクセスする権利は、妨害されることなく裁判所にアクセスする権利と切り離すことのできない基本的権利であると位置づける<sup>163</sup>。その際に、この原理は、ヨーロッパ人権裁判所によってGolder判決において確立されていることも言及した<sup>164</sup>。よって1952年刑務所法47条1項は、計画中の訴訟に関する、弁護士と依頼人との通信の自由な交換を阻害する規則を制定す



ることは、認めていないとする。ヨーロッパ人権裁判所判決が影響を及ぼしていることは明白である。

その上で、このような基本的権利が、必然的な黙示の意味によって廃止されたり制定法によって制約されることはまれであるし、制定法が必然的な黙示の意味によって、基本的権利の委任立法による廃止を認めていることは、さらにまれであるとする<sup>165</sup>。そして1952年刑務所法は必然的な黙示の意味によって、刑務所規則33条3項のような広範な規則を制定することを認めているかどうか、すなわち規則33条3項を正当化するのに十分な必然的な黙示の意味が存在するかを検討する。換言すれば、囚人と弁護士との間の手紙を検閲する無制約の権限の存在と、当該手紙の問題性と異常な長さを理由として、手紙を差止める権限を認めることができる、自明の急迫した必要性が存在するかどうかである。そして必要性の存在の証明責任を国務大臣側に課し、かつそれは国務大臣側の証拠では証明されていないとした<sup>166</sup>。よって刑務所規則33条3項は、囚人と弁護士間の通信に関しては権限濫越であると判示した<sup>167</sup>。

ヨーロッパ人権条約に関して、Leech判決の興味深い点としては三点指摘できる。第一に、当該刑務所規則は、ヨーロッパ人権裁判所によるGolder v. United Kingdom<sup>168</sup>判決の結果、訴訟をすでに開始している囚人と弁護士間の通信に関しては、これを保障すべく改正が行われていたことである（37条A）<sup>169</sup>。本件は訴訟開始前の囚人と弁護士との通信が問題になったので同条の適用対象とはならないが（だからこそ問題になったわけであるが）、Golder判決によって行われた改正の存在は、指針設定の点で間接的に裁判官に影響を与えていると考えられる<sup>170</sup>。第二に、前述したように囚人と弁護士間の通信の権利自体に関するGolder判決の影響である。そして第三に、本判決の最後において、より最近のヨーロッパ人権裁判所判決Campbell v. United Kingdom<sup>171</sup>に言及し、同判決は「イングランドにおいては直接拘束力を有しないものの、イギリス国内判例の諸原理の観点から到達した（Leech判決の）結論を補強する

ものである<sup>172)</sup>」と述べ、裁判所の結論をさらに補強している点である。Leech判決は具体的制定法解釈の中ではCampbell判決に依拠していないが、Golder判決とあいまって、囚人と弁護士間の通信が議会法によらなければ侵害できない基本的権利であるという価値判断に重要な影響を与えている。

さらに、Leech判決は、後に検討する行政裁量というカテゴリーの側面でも重要な意義を有する。同判決は、裁判所にアクセスする囚人の権利および法的助言を受ける囚人の権利という基本的権利に関して、基本的権利に利する一般的推定を承認したRaymond v. Honey<sup>173)</sup>、そしてそれをさらに洗練させたR v Secretary of State for the Home Department, ex p. Anderson<sup>174)</sup>を継承するものである。Post-Brind判決として重要な点は、Brind判決の存在にもかかわらず、Raymond v. Honeyの路線を踏襲し、議会法の一般的推定原理に基づく基本的権利の保障を充実させたことである<sup>175)</sup>。

現段階では、制定法解釈における一般的推定は必ずしもヨーロッパ人権条約解釈と連動して行なわれてはいない。しかしそれ以上に現時点で重要な点は、人権保障に利する制定法解釈という方向性を誘発したのは、ヨーロッパ人権条約だという点である。制定法解釈の一助というカテゴリーにおいて、ヨーロッパ人権裁判所判例の充実とあいまって、より一層影響を及ぼす可能性は十分考えられる。ただし現段階では留意すべき点が幾つか存在する。第一に、このカテゴリーに属する判決数は多くないので一般化しうるほど十分な素材が整っていない。第二に、権利がイギリス法上も存在し、内容が具体化されている本件のような場合とは異なり、プライバシーや集会・結社の自由一般が問題になる場合には、裁判官が同様のアプローチをとるかどうかは疑問である<sup>176)</sup>。だが、現在、進行中のヨーロッパ人権条約の国内法化をさらに考慮に入れると、このカテゴリーはさらに興味深い発展の可能性が存する。

## (b) コモン・ローの発展

コモン・ローの発展においてヨーロッパ人権条約の果たしうる可能性を示す事件としては、Choudhury判決とDerbyshire County Council判決が好例である。

R v Chief Metropolitan Sitpendiary Magistrate, ex p. Choudhury<sup>177</sup>では、Choudhuryは、“The Satanic Verses”の著者Salman Rushdieと出版社Viking Penguinは冒瀆的および扇動的名誉毀損であることを理由として、召喚状を治安判事裁判所に申立てた。しかしそれは、拒否されたので、同拒否決定に対する司法審査を高等法院に求めた。

高等法院女王座部は、Choudhuryの申請を認めなかった。その理由は、コモン・ロー上の冒瀆罪は、歴史的な理由からキリスト教に対する下劣な中傷に限定され、他の宗教に適用されないことは明確であること、法が明確である場合に、それを拡張することは裁判所の正当な役割ではないこと、とりわけ犯罪を事後的に創設することができない刑事事件の場合にはなおさらそうであること、そしてこのような場合には法を変更するのは、唯一議会の役割であるとする<sup>178</sup>。よって、本件はコモン・ローが不明確な場合には該当せず、ヨーロッパ人権条約を考慮する必要はないということになる（Choudhuryはヨーロッパ人権条約9、10および14条の関連性を主張していた）。ここまでは従来の典型的な裁判所の態度と変わることはない。

ところが、本判決が興味深いのは、出版社側弁護士Lester<sup>179</sup>のみならず、裁判所自身が、「本件の文脈において、連合王国がいかなる点でも条約違反ではないことを、裁判所に納得させることを試みる必要がある<sup>180</sup>」と述べ、ヨーロッパ人権条約解釈およびヨーロッパ人権裁判所判決の検討を行なった点である。その上で、冒瀆罪の拡張は克服し難い問題を抱えており、益よりも害の方がまさっており、ヨーロッパ人権条約起草者が冒瀆罪のムスリム教徒への拡張を予定していたとは考えられないとの結論に至った<sup>181</sup>。

ということは、コモン・ローが明確であっても、当該事件における条約違反の有無を検討していることになる。あるいはコモン・ローが明確であっても、ヨーロッパ人権条約の存在ゆえに、同条約の観点からコモン・ローを再度検証する必要があると考えたと見ることもできる。このことが暗示することは、前提としてコモン・ローと条約は同一であると推定しても、實際上、本当にそうなのかという疑問が生じる可能性があるということではないだろうか。そして、豊富なヨーロッパ人権裁判所判例が存在する1990年代においては、両者の同一性を口実として、条約自体には一切言及しない（明確なコモン・ローと条約との間に不一致は存在しないと推定する）とすることには、不都合さや不合理さが感じられる段階に到達しているという評価も可能である。さらには条約の存在ゆえに、明確であると考えられたコモン・ローの内容に曖昧性が生じるという言い方もできよう。あるいは、Choudhuryによる条約9条の宗教の自由に対する一般的権利の援用が、コモン・ローの冒瀆罪がキリスト教に限定されることの正当性、ひいては現代イギリス社会における宗教の自由のあり方に疑問を投げかけたと考えられる<sup>182</sup>。なぜならば、これまでの裁判所の一般的態度からすれば、本件のようにこれだけコモン・ローが明確であれば、あえてヨーロッパ人権条約に言及する必要はなかったはずである。内容自体は明確であっても、その妥当性に疑問が生じ、それを別の観点から正当化する必要性が生じていたのではないだろうか。なお本件のもう一つの興味深い点は、両当事者がヨーロッパ人権条約に依拠していることである。Choudhuryは条約9、10、および14条を、これに対して出版社側は7条および10条を援用する（出版社とRushdieが冒瀆罪で起訴されれば、それは条約7条の刑罰の不遡及禁止と10条の表現の自由に対する違反となるとする<sup>183</sup>）。このような事態は今後も予想できる。

Choudhury判決を受けて、ヨーロッパ人権条約の参照の点で、さら

なる展開を見せたのが、Derbyshire County Council v Times Newspapers<sup>184</sup>の控訴院判決である。Choudhury判決で惹起された、コモン・ローが明確であっても条約を考慮できるという点を取り上げ、さらにこれを発展させた。しかもこの事件は、高等法院、控訴院、そして貴族院がヨーロッパ人権条約に対して三者三様の対照的なアプローチを見せている点でも興味深い（その中で、控訴院判決はヨーロッパ人権条約援用にもっとも積極的である）。

本件では、公的機関である地方公共団体が、新聞社に対して名誉毀損訴訟を起こすことができるかどうか、換言すれば地方公共団体に名誉毀損訴訟を認めると、新聞社のプレス自由、ひいては表現の自由を不当に侵害することになるのかどうか問題となった。

高等法院女王座部のMorland裁判官は、地方公共団体は名誉毀損訴訟を起こすことができると判示した。その際、本件においてヨーロッパ人権条約10条の適用の余地はないとする立場にたつ。そしてたとえ同条約10条の関連性があるとしても、条約10条自体が表現の自由に対する制約条項を備えている上に、名誉毀損に関するイギリス私法は、条約締約国に認められている「評価の余地」の範囲内にあるとする<sup>185</sup>。

しかもMorland裁判官は、Brind判決を引用することによって、本件における条約10条の関連性を否定する。すなわち地方公共団体が名誉毀損訴訟を起こすことができる範囲に関しては、イギリス法上、不明確さも曖昧性も存在しないので、条約10条を考慮に入れる必要はないとして本件における条約の関連性を否定する<sup>186</sup>。本件は行政裁量が問題となる事件ではないがその点を区別してはいない。

これに対して、Times新聞社は上訴した。上訴理由として、以下の点に関して、ヨーロッパ人権条約に依拠する<sup>187</sup>。①地方公共団体が名誉毀損訴訟を起こせる範囲に関して、イギリス法には不明確さも曖昧性も存在しないので、同条約10条によって保障される表現の自由における公的利益を考慮する必要はないと裁判官が考えた点は誤りである。②表現

の自由における公的利益に対して、そして名誉毀損法の範囲を拡張する急迫する社会的必要性が民主的社会において必要かどうかという問題に対して裁判官は適切な考慮を払わなかった。

控訴院はこの上訴を認めた上、条約の関連性を否定した前審とは全く逆に、同条約に全面的に依拠した。しかも *Brind* 判決ではなく、*A-G v. Guardian* および *A-G v. Guardian (No. 2)* 両判決に依拠した点も前審と異なる点である。

控訴院の *Balcombe* 裁判官<sup>188</sup>は、非営利団体であっても名誉毀損訴訟を起こす権利は先例によって一般原理として確立されていることは認め<sup>189</sup>。しかし地方公共団体は、公企業体 *corporate public authority* として、自己の運営上の名声を保護するために、コモン・ロー上の名誉毀損として訴えることはできない。それは表現の自由に対する重大かつ正当化できない制約を課すことになるとする。なぜならば悪意ある虚偽を理由とする訴訟または刑事上の名誉毀損が、地方公共団体に対して、民主的社会において必要とされている、十分かつ必要な保護をすでに提供しているからである。従って、当該カウンティにおける地方公共団体の統治・行政機能に関連して、*Derbyshire County Council* に影響を及ぼすいかなる言葉に対しても、同地方公共団体は名誉毀損訴訟を提起することはできないとの結論を導きだした。

*Balcombe* の結論においては、表現の自由は、公的機関による名誉毀損訴訟の成否において影響を及ぼすと考ええる。そこで問題となる点は、表現の自由を保障するが、国内法化されてはいないヨーロッパ人権条約10条を、どのように効果的に援用できるか（イギリス法における同条約の位置づけ）、そして当該問題に関する過去の判例とどのように関連づけるかという点である。この点について *Balcombe* 裁判官は、*A-G v. Guardian (No. 2)* を積極的に用いる。

まず、*Balcombe* の国際人権条約に対する積極的態度として、ヨーロッパ人権条約のみならず自由権規約19条についても言及している点は

興味深い。前者の議論は後者にもあてはまるので、前者への言及は同時に後者への言及も含むと冒頭で述べている。このような積極的態度は、ヨーロッパ人権裁判所判例の豊富な参照も表れている。

そして、条約の国内法上の位置づけとして重要な点は、条約が国内法化されていないことを認めつつも、条約の利用可能性を最大限開拓した点である。まず A-G v. Guardian (No. 2)<sup>190</sup>を引用して、「イギリス法とヨーロッパ人権条約との間に矛盾は存在しない」ことが先例である、すなわち第10条はイギリスのコモン・ローと実質的に同じであるとする。だから第10条はイギリス法において新しい命題を確立するものではないとする<sup>191</sup>。

だが、ここから先の展開がこれまでの裁判官とは異なる。しかしながらとして、Balcombe裁判官は、同条は表現の自由に対する権利および当該権利に対する制約を明確な文言で規定しているので、条約10条の参照だけで問題を検討することは便利convenientであるとする<sup>192</sup>。条約10条はイギリス国内法に編入されていない。しかしながら国内法における不明確さや曖昧さを解決するのを支援するために援用しようとする（ここではBrind判決を引用する）<sup>193</sup>。これは興味深い展開である。というのは従来の裁判官は、条約が国内法化されていないので関係ない、あるいは条約と国内法は同じである、条約は国内法化されていない、かつ条約の文言は一般的抽象的である、よって国内法をもっぱら用いて事件を解決するという方向へ議論を展開するのが常であった（続く貴族院判決もこちらの系列に属する）。これに対して、条約の便利な点を強調し、かつ条約とイギリス法が同じならば、なぜ条約の方を用いてはならないのか、というニュアンスがうかがえる論理構成となっている<sup>194</sup>。このように解すれば、曖昧性原理は事実上崩されていく。だからこそ続く貴族院判決は控訴院判決のアプローチを真っ向から否定したとも言える。

そして、控訴院は、過去の先例に依拠しつつ、実際に条約を援用でき

る場合を、以下のように列挙した点は注目に値する<sup>196</sup>。

①10条は、イギリスの第一次立法（議会法）および委任立法における曖昧さを解決する目的で利用できる<sup>196</sup>。

②10条は、裁判所が裁量を行使する際に、基づくべき原理を検討するために利用できる（例として中間差止命令の発給）<sup>197</sup>。

③10条は、コモン・ロー（衡平の原理も含める）が不明確な場合にも利用できる<sup>198</sup>。

④コモン・ローが明確な場合でさえも、裁判所は、適切ならば、連合王国が10条違反となっているかどうかを検討する（ここでは前述の Choudhury<sup>199</sup>が引用される点は重要である）<sup>200</sup>。

そして以上のような条約10条に対するアプローチはヨーロッパ人権裁判所判例とも合致するとする<sup>201</sup>。ここでBalcombeは、ヨーロッパ人権裁判所のSunday Times v. United Kingdomを参照する。そして、この事件においてヨーロッパ人権裁判所は条約違反を認定し、かつイギリス議会は法改正を行なったことを指摘し、かつSunday Times v. United Kingdom判決がイギリス国内法の改正（1981年裁判所侮辱法）を招来したことまで指摘している。さらに同種の問題が議論されたLingens v. Austria判決にも言及している。そして法が不明確な場合には、裁判所はイギリス法が10条違反を含んではないということを確保するように気をつけて、裁判所に提示された問題に取り組むようにするのは正当であるとする<sup>202</sup>。

以上のような一般原理を明確にした上で、Balcombeは、本件の具体的検討に入る。Balcombeの認識では、法が不明確な場合であり、だからこそ条約10条の検討が重要な場合だとする。すなわち本件は名誉毀損に関する民事訴訟を公企業体が起こせるかという問題において、二つの矛盾する判決に直面している上に、この点に関する控訴院または貴族院の判決は存在せず、法が不明確な場合だとする（前審のMorland裁判官が、曖昧さは存在しないとした点を否定する）<sup>203</sup>。この重要な点に



関する法は不明確である。そして当裁判所はコモン・ロー上の不法行為の範囲を、議会による積極的な法改正を要求しないような方法で確定する立場にある。その際に条約10条の効力について検討することは可能であり、かつ検討しなければならない<sup>204</sup>として10条の解釈に入る。曖昧性の存在の認定自体も非常に積極的である<sup>205</sup>。

Balcombe裁判官の10条解釈は次のようなものである。10条1項は表現の自由を絶対的権利として表明する一方で、10条2項では制約を規定している。だから10条は比較衡量balancing exerciseを要請している。本件では、表現の自由に対する権利と、公的機関である非営利団体の名声を保護するために民主的社会において必要とされる制約との間で比較衡量が行われる<sup>206</sup>。その際、イギリスの判例だけではなく、他国の判例をも引用することによって、民主的社会において公的機関の行為を自由に批判できる権利の重要性を強調する<sup>207</sup>。その上でBalcombe裁判官は、「10条2項の文言を考慮に入れると」、公企業体には、別の方法（悪意ある虚偽で訴える権利）で、「民主的社会において必要な」権利を与えられているので、公企業体保護のために名誉毀損で訴える権利を公企業体に与える必要はない。名誉毀損訴訟は、公企業体の活動に対する公衆の正当な批判を抑圧するとの結論に到達した。よって本件においては結論および理由付けの点でヨーロッパ人権条約は重要な影響を与えている。

なお、Derbyshire控訴院判決は、曖昧性を要件の一つとしているかどうか明確ではない。しかし、たとえ前提要件であるとしても、曖昧性の有無は裁判官の判断に委ねられているので、裁判官の裁量によってヨーロッパ人権条約の参照が左右される余地がある。現に、高等法院と控訴院では曖昧性の有無に関して全く反対の判断が下されており、曖昧性ルール自体の問題点として指摘できる<sup>208</sup>。

Derbyshire County Councilは貴族院に上訴した。貴族院判決<sup>209</sup>は結

論の点では控訴院判決と同じであるが（上訴棄却）、ヨーロッパ人権条約の援用の点では全く正反対である。

Keith 裁判官は、控訴院と同じく、コモン・ロー上、地方公共団体は名誉毀損の損害賠償を起こす権利を有しないとする。しかし、この結論に到達するために、ヨーロッパ人権条約に依拠する必要はないとする<sup>210</sup>。その理由として、言論の自由の領域において、イギリス法とヨーロッパ人権条約 10 条との間には原理的に違いは存在せず、かつイギリスのコモン・ローは、言論の自由の領域において条約上政府が負う義務と合致していることを挙げている。すなわち両者の同一性を強調することによって、条約への言及を回避する論理である<sup>211</sup>。しかしイギリスの判例のみならず、外国の判例（たとえば *New York Times Co. v. Sullivan* (1964) 376 US 254, 277）をも参照しているのに、イギリスが一方当事者となっているヨーロッパ人権裁判所判例を参照しない、またはそうする必要はないというのは、バランスを欠く感がある。

興味深い点は、条約に依拠する必要はないとしながら、条約 10 条を引用するだけでなく、同条の「必要な」の意味に関するヨーロッパ人権裁判所の解釈も紹介していることである。その上、国内裁判所は、国内裁判所の属する社会の必要性に関して知識を有するので、当該知識に基づく「評価の余地」を有するとするとして、この文脈で *Sunday Times v. United Kingdom*、*Barthold v Germany* および *Lingens v. Austria* 判決を参照している<sup>212</sup>。もしも条約に依拠せずに結論が出せるとすれば、これは言及しなくてもよい部分であった。

ヨーロッパ人権条約に依拠しなくても結論が出せるならば、同条約に依拠しないという貴族院判決の立場は、条約が国内法化されていないのでその利用はできるだけ限定的に行なうという意味において、初期の判決の立場と基本的には変わらない。本件では条約の影響を裁判官自ら明文で否定している。他の 4 人の貴族院裁判官 Griffiths、Goff、Brown-Wilkinson、Woolf は、この Keith 裁判官の意見を全面的に支持した<sup>213</sup>。

控訴院判決と貴族院判決を比較すると、前者は、イギリス裁判所におけるヨーロッパ人権条約の援用について到達点と可能性を整理し、同条約の積極的援用という点で最大限とりうる立場を示したものと評価できる。とりわけBalcombeおよびSlossは、ヨーロッパ人権条約に合致するようにコモン・ローを解釈する一般的義務が、裁判所にはあると考えている。それだけに貴族院判決の消極性は対照的である。これは控訴院判決（とくにBalcombe）が、曖昧性ルールを前提としながらも、実質的には曖昧性ルールに拘束される必要を除去する可能性を示唆した結果に対して、貴族院が非常に慎重になっていることが読み取れる。貴族院のKeithは、控訴院はヨーロッパ人権条約10条の参照によって当該結論に到達しているが、貴族院は同条約に依拠しなくても同じ結論に到達したということをわざわざ強調しているからである<sup>214</sup>。貴族院判決が再び示したのは、これまでも繰り返されてきたコモン・ローないしイギリス法と条約は同一であるという論法<sup>215</sup>の問題性である。控訴院は、これを逆手にとって同じならば明文規定のあるヨーロッパ人権条約の方を使ってもよいではないかと議論を進めたわけであるが、同じなのだから条約を検討する必要はないという方が多数派である<sup>216</sup>。

後者の問題点は、コモン・ローから導かれた結論を正当化するのに都合がよいときだけ同一性を口実にヨーロッパ人権条約および同判例法を参照し、都合が悪い場合にはやはり同一性を口実にイギリス法を解釈すればヨーロッパ人権条約を解釈したことになるとして同条約を参照しない点である<sup>217</sup>。このカテゴリー自体はMalone判決以来発展していないという手厳しい指摘もある<sup>218</sup>。それだけにDerbyshire控訴院判決の可能性は重視されるべきである<sup>219</sup>。しかもそれは、ヨーロッパ人権条約側の発展によって、さらに援護されと考えられる。なぜならば、条約の内容が判決によって具体化されればされるほど、国内裁判所は安易に同一性を主張できなくなるからである（次号に続く）。

## 〈注〉

<sup>1</sup> *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, Ser. A, No. 216 (1992) 14 EHRR 153. Spycatcher. 事件の詳細については、江島晶子「国際人権条約と国内裁判所の関係に関する一考察－イギリス司法裁判所とヨーロッパ人権裁判所における *The Spycatcher Cases* の検討を中心にして－」明治大学短期大学紀要52号（1993年）参照のこと。

<sup>2</sup> *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd.* [1987] 1 WLR 1248.

<sup>3</sup> *Id.* 1269B-C.

<sup>4</sup> *Id.* 1269C.

<sup>5</sup> アメリカにおける同書の出版後、様々な手段によって同書はイギリス国内に流入することとなった。

<sup>6</sup> *A-G v. Guardian*, *supra* note 2, at 1288B.

<sup>7</sup> *Id.* 1307D.

<sup>8</sup> *Attorney-General v. Guardian (No. 2)* [1990] 1 AC 109, 157A. この点については後述二4(2)参照のこと。

<sup>9</sup> *Sunday Times v. United Kingdom*, Ser. A, No. 30 (1979-80) 2 EHRR 245.

<sup>10</sup> *A-G v. Guardian*, *supra* note 2, at 1297A-D.

<sup>11</sup> *Id.* 1297E-G.

<sup>12</sup> *Id.* 1298A.

<sup>13</sup> *Id.* 1296F-1299G.

<sup>14</sup> *Id.* 1285C-D.

<sup>15</sup> *Id.* 1286C. イギリス裁判官のコモン・ローに対する信頼の一例としても興味深い。

<sup>16</sup> *Id.* 1286C.

<sup>17</sup> *Id.* 1286F-G. この言葉にはヨーロッパ人権条約機構での敗北を「恥辱」と受け止める感情を代表している。

<sup>18</sup> *Id.* 1315G.

<sup>19</sup> *Id.* 1320G-1321E.

<sup>20</sup> *Observer and Guardian v. United Kingdom*, *supra* note 1.

<sup>21</sup> 代表例としては、後述する *Derbyshire* 控訴院判決 (*infra* note 184)。

<sup>22</sup> *A-G v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, *supra* note 8.

<sup>23</sup> *Id.* 138D-139A.

<sup>24</sup> *Id.* 141E-142B.

<sup>25</sup> *Id.* 144B-C. 合衆国下院は修正第1条という形でガイドラインを定めている

が、イギリス議会は定めてはいない。だから比較衡量を行なうのは裁判所の役目であるとする。

<sup>26</sup> Id. 156E-159D.

<sup>27</sup> *Sunday Times v. United Kingdom*, supra note 9 and *Lingens v. Austria*, Ser. A. No. 103, (1986) 8 EHRR 407.

<sup>28</sup> *A-G v. Guardian* (No. 2), supra note 8, at 158B-159B.

<sup>29</sup> Templeman 裁判官による参照。 *A-G v. Guardian*, supra note 2, at 1296 and 1297.

<sup>30</sup> さらに *Lion Laboratories Ltd. v. Evans* [1985] QB 526 における Stephenson 裁判官の発言を引用して補強している。 Id. 536.

<sup>31</sup> *A-G v. Guardian* (No. 2), supra note 8, at 157H-158A.

<sup>32</sup> Hunt も同じことを指摘している。 Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts*, 150 (Hart, 1997).

<sup>33</sup> ヨーロッパ人権裁判所のこと。

<sup>34</sup> *A-G v. Guardian* (No. 2), supra note 8, at 159B-C.

<sup>35</sup> たとえば Id. 167F-H, 169E, 171C-G の部分に表れている。

<sup>36</sup> Id. 178H.

<sup>37</sup> Id. 178F-H. 同じ効果を他の裁判官 (Dillon 裁判官 (id. 203F-G) and Bingham (id. 219G-220C)) も認めている。

<sup>38</sup> *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.* [1976] QB 752, 770-771. ①当該出版は守秘義務違反であるか、②公的利益は当該出版の抑制を要請しているか、③主張されている公的利益と衝突し、より重要である公的利益に関する他の事実は存在しないか、④出版の抑制が要請されるときには、裁判所は救済が必要とされる範囲を厳密に審査して、公的必要性からくる厳密な要請を越えて制約が課されることがないように確保しなければならない。

<sup>39</sup> *A-G v. Guardian*, supra note 8, at 203F.

<sup>40</sup> Id. 203E-G.

<sup>41</sup> Id. 209A においては、むしろ 10 条 2 項の制約条項の方が強調されている。

<sup>42</sup> Id. 209D. 彼の比較衡量では、S の *Spycatcher* からの抜粋連載は守秘義務違反であるとする一方、*Spycatcher* の将来的差止は支持しなかった。

<sup>43</sup> *Sunday Times v. United Kingdom*, supra note 9.

<sup>44</sup> *Lingens v. Austria*, supra note 27.

<sup>45</sup> *A-G v. British Broadcasting Corporation* [1981] AC 303.

<sup>46</sup> *A-G v. Guardian* (No. 2), supra note 8, at 220C.

<sup>47</sup> Id. 226A-B.

<sup>48</sup> Id. 227C and 228D-F.

<sup>49</sup> Id. 230A-B.

<sup>50</sup> Id. 232C.

<sup>51</sup> A-G v. Guardian, *supra* note 2, at 1269H.

<sup>52</sup> A-G v. Guardian (No. 2), *supra* note 8, at 178G.

<sup>53</sup> Id. 178G.

<sup>54</sup> この点については三で改めて検討する。「評価の余地」理論については江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所における『評価の余地』理論の新たな発展」明治大学大学院紀要29集（1992年）参照。イギリス裁判官による「評価の余地」理論の解釈に対する批判として Klug and Starmer, *Incorporation Through The Back Door?*, [1997] PL 223, 230-231.

<sup>55</sup> A-G v. Guardian (No. 2), *supra* note 8, at 197D.

<sup>56</sup> Brightman および Jauncy 両裁判官は多数意見に従うとするので、詳細な検討は行っていない。Id. 265D and 293E.

<sup>57</sup> A-G v. Jonathan Cape, *supra* note 38 and Commonwealth of Australia v. John Fairfax & Sons Ltd. (1980) 147 CLR 39.

<sup>58</sup> A-G v. Guardian (No. 2), *supra* note 8, at 256G-H.

<sup>59</sup> Id. 267H-268A.

<sup>60</sup> Id. 273B-C.

<sup>61</sup> Id. 276A-B.

<sup>62</sup> Id. 277H-278D and 279B-E.

<sup>63</sup> Treasury Solicitor とは、政府の法律関係の仕事 legal service を行う機関の長である。上位裁判所における、政府または政府機関が一方当事者となっている殆どの訴訟を取り扱う。Bradley & Ewing, *Constitutional and Administrative Law* 455 (twelfth ed., Longman, 1997).

<sup>64</sup> A-G v. Guardian (No. 2), *supra* note 8, at 279G-280C.

<sup>65</sup> Id. 282E-F.

<sup>66</sup> Id. 283C-E.

<sup>67</sup> Id. 283E-284A.

<sup>68</sup> Id. 283G.

<sup>69</sup> Bibi 判決から Brind 貴族院判決まで一貫しているという評価がなされている。Hunt, *supra* note 32, at 152.

<sup>70</sup> これは Brind 判決が明確にした点である。詳細は後述二 3 (2)(a) 参照。

<sup>71</sup> Fernandes v. Secretary of State for the Home Department [1981] Imm AR 1.

<sup>72</sup> Id. 2.

<sup>73</sup> Id. 5.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> R v. Chief Immigration Officer, London (Heathrow) Airport, ex parte Salamat Bibi [1976] 1 WLR 979.

<sup>76</sup> R v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Kirkwood [1984] 1 WLR 913.

<sup>77</sup> なお後にヨーロッパ人権裁判所において3条違反が認められた同種の事件としてCf., Soering v. United Kingdom, Ser. A. No. 161, (1989) 11 EHRR 439.

<sup>78</sup> Kirkwood, supra note 76, at 919D-E.

<sup>79</sup> Chundawadra v. Immigration Appeal Tribunal [1988] Imm AR 161.

<sup>80</sup> Chundawadraは1976年（当時17、8才）に両親とイギリスに来て以来、イギリスで生活してきた。よってタンザニアには家族も親類縁者も存在しないこと、妻はインド出身で、タンザニアで生活したことがないこと、Cにはイギリスで生まれた子供がいること、Cの両親はタンザニアに戻るつもりはなかつても生活の基盤がないこと等を提示して、タンザニアへの国外追放は家族生活の尊重に対する権利の侵害であると主張した。

<sup>81</sup> Chundawadra, supra note 79, at 168-169.

<sup>82</sup> Id. 168

<sup>83</sup> Id. 174.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Id. 175.

<sup>86</sup> R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind (hereinafter as Brind) [1991] 1 AC 696.

<sup>87</sup> 事件の詳細および判決については、元山健「現代英国における放送の自由と英国憲法—ブリンド事件判決の検討を通じて—」『人権と憲法裁判』（1992年）参照のこと。高等法院合議法廷は当該申立を棄却し、控訴院も貴族院も上訴を棄却する結果に終わった。

<sup>88</sup> Brind, supra note 86, at 703B-707E.

<sup>89</sup> なおその前提としてまたは同時にコモン・ロー適合性の推定も働く。すなわち、たとえば本件で即して言えばコモン・ローは表現の自由に対する憲法上の権利を認めており、議会はコモン・ロー原理に衝突するような権限を国務大臣に付与する意図はなかったと推定される。Cf., Browne-Wilkinson, The Infiltration of a Bill of Rights, [1992] PL 397.

<sup>90</sup> 先例として、Raymond v. Honey [1983] 1 AC 1およびGarland v. British

Rail Engineering Ltd. [1983] 2 AC 751.

<sup>91</sup> 根拠として *Garland v. British Rail Engineering Ltd.*, supra note 90 および *R. v. Miah* [1974] 1 WLR 683 を参照する。

<sup>92</sup> 具体的には以下の判例が引用されている。*Raymond v. Honey*, supra note 90, at 10, *R. v. Board of Visitors of H. M. Prison, The Maze, Ex parte Hone* [1988] AC 379, 392-294, re *K. D. (A Minor) (Ward: Termination of Access)* [1988] AC 806, 823-828, *A-G v British Broadcasting Corporation*, supra note 45, at 352 and *A-G v. Guardian (No. 2)*, supra note 8, at 156-158, 178, 203, 218-220, 256, 273 and 283.

<sup>93</sup> *Brind*, supra note 86, at 705C-E.

<sup>94</sup> ここでは幾つかのヨーロッパ人権裁判所判例が引用されている。*The Sunday Times v. United Kingdom*, supra note 9 および *Silver v. United Kingdom*, Ser A, No. 61, (1985) 5 EHRR 347.

<sup>95</sup> *Brind*, supra note 86, at 706B-C.

<sup>96</sup> 根拠とする判例は、*R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay* [1987] AC 514, 531 and 537, *R. v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex parte Salamat Bibi*, supra note 75, *Fernandes*, supra note 71, *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bhajan Singh* [1976] QB 198 and *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Phansopkar* [1976] QB 606.

<sup>97</sup> *Brind*, supra note 86, at 709B-E.

<sup>98</sup> なかでも *Brind* 判決と *A-G v. Guardian* および *A-G v. Guardian (No. 2)* 両判決において裁判所がとったアプローチの違いを究明する上で、*Donaldson* 裁判官が冒頭で行なう議会と裁判所の関係に関する説明 (Id. 715F) は興味深い。後に出てくる裁判所による国内法化の否定と関連する点でもある。*Donaldson* が注目するのは、本件における内務大臣の禁止命令が、庶民院および貴族院においてそれぞれ動議で承認されていることである。

*Donaldson* 裁判官は、当該命令は議会によって承認されたにもかかわらず、裁判所が当該申請を司法的に審査しようとするのは、議会はイギリス憲法下において至高なのだから不思議に思うだろうとして、この点について説明するとする。すなわち、議会はヨーロッパ共同体（ヨーロッパ人権条約は含まれない）に由来する例外を除いてまさに至高である。もしも議会が国务大臣の命令によって課される制約を含む法律を可決したならば、裁判所はそれについて何も言うことはできないし、なにも言わない。しかし議会が閣僚に執行行為を行なうことを認める場合に、適当な事件において閣僚が当該権限を



踰越したかどうかを検討するのは裁判所の義務である (Id. 715G-H)。これが本件の場合（厳密にはIBAの場合であるが、実際上はBBCについても同じことが言える。Id. 716C-D.) であるとする。議会が当該命令を議論した際には、国務大臣の実際の諸行為を承認することに関してではない。すなわち実際に行なわれた不法な行為に合法的権限を付与することに関してではなかった。不文憲法の下では、議会は両院における単なる動議によってはそれをするとはできない。制定法が要請される。さらに議会は国務大臣の行為が合法的であったかどうかという現在裁判所が扱っている問題についても検討していない。その代わりに、国務大臣の行為は合法的であるという仮定の下に、議会は当該行為を承認するかどうかを検討したのである。議会とは異なり、閣僚の行為を承認または不承認することは裁判所の役目ではない。議会における審議がまさに明白に示しているのは、合理的な男性および女性は国務大臣が当該命令を発給すべきであったかどうかに関しては全く異なる二つの見解をとりうるということである。しかし裁判所において問題にしているのは全く異なる事柄である。すなわち閣僚はそうする権限があったのかということである (Id. 716A-C)。

<sup>99</sup> Id. 717E-F.

<sup>100</sup> Id. 718A-C.

<sup>101</sup> Id. 718E-F.

<sup>102</sup> Id. 718F-H.

<sup>103</sup> *Garland v. British Rail Engineering Ltd.*, *supra* note 90, at 771A-B.

<sup>104</sup> *Brind*, *supra* note 86, at 727A.

<sup>105</sup> Id. 729E-F.

<sup>106</sup> Id. 733E.

<sup>107</sup> Id. 735C-E. この指摘は、本稿の問題意識からも重要である。個人の申立権が国際人権保障および国内の人権保障における従来の枠組をゆさぶる契機を備えるものだからである。詳しくは Akiko Ejima, *The Impact of the International Human Rights Treaties in Japan: Absence of the Ratification of the Optional Protocol of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 明治大学短期大学紀要61号 (1997年)。

<sup>108</sup> *Brind*, *supra* note 86, at 735F.

<sup>109</sup> Roskill 裁判官は、ヨーロッパ人権条約については特別に言及せずに、Bridge 裁判官の見解に全面的に賛成するとする。

<sup>110</sup> *Brind*, *supra* note 86, at 748B.

<sup>111</sup> Id. 748B-F.

<sup>112</sup> Id. 749B-G.

<sup>113</sup> Lowry 裁判官は、Ackner 裁判官に全面的に従っており、ヨーロッパ人権条約については何も言及していない。

<sup>114</sup> *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise* [1967] 2 QB 116, 143 and *Garland v. British Rail Engineering Ltd.*, *supra* note 90, at 771.

<sup>115</sup> *Brind*, *supra* note 86, at 760F.

<sup>116</sup> Id. 760G-761E.

<sup>117</sup> Id. 761H-762B.

<sup>118</sup> Id. 751B-C.

<sup>119</sup> Id. 751F.

<sup>120</sup> 条約は国際慣習法としてコモン・ローの一部であるという見解に一定の共感を示しているという評価もある。Hunt, *supra* note 32, at 160.

<sup>121</sup> この点については後の三で検討する。

<sup>122</sup> 後述二 4 (2)(d) 参照。

<sup>123</sup> Templeman だけが、ヨーロッパ人権条約はイギリスの裁判所が大臣の裁量的権限の行使に対してどれだけ制約を課すべきかを検討するのに関連性があるという申立人の主張に接近した。Brind, *supra* note 86, at 750-751.

<sup>124</sup> 曖昧性の存在をどのように認定するか自体困難な問題である。よって曖昧性の強調の仕方次第で国際人権条約の参照を認めるかどうかをコントロールできることになる。同種の指摘として、Hunt, *supra* note 32, at 158.

<sup>125</sup> Beyleveld, *The Concept of a Human Rights and Incorporation of European Convention on Human Rights*, [1995] PL 577 and Cunningham, *The European Convention on Human Rights, Customary International Law and the Constitution*, 43 ICLQ 537 (1994).

<sup>126</sup> Cf., Lester, *European Human Rights and the British Constitution*, in Jowell and Oliver (eds.), *The Changing Constitution* (3rd ed., Clarendon, 1994). なお同書第三版の序文は、初版（1985年）の状況からのさらなる急激な変化を踏まえて、第三版では、イギリスがEU、そしてヨーロッパ人権条約の母体であるヨーロッパ審議会の一員であるという観点から、イギリス憲法を検討することを目標にすえていることを明確にしており、この10年余のイギリス憲法を囲む状況の変化を如実にうかがうことができる。

<sup>127</sup> Brind, *supra* note 86, at 736E-F.

<sup>128</sup> *Human Rights Case Digest* (Sweet & Maxwell, 1990年から)、*Butterworth Human Rights Cases* (Butterworth, 1996年から)、*European Human Rights Law Review* (Sweet & Maxwell, 1996年から)などを代表格

として、人権判例集や人権ジャーナルの相次ぐ発刊にもその影響がうかがえる。

<sup>129</sup> 国別の特徴を抽出・検討した上で比較することも興味深い試みであると考えている。Cf., Gearty (ed.), *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights* (Nijhoff, 1997).

<sup>130</sup> 現在、ストラスブールへの個人申立を実際に扱っている弁護士の間には、ヨーロッパ人権条約に関しては十分な法学教育を受けていないという実感が存在する。Chambers, *Practicing Human Rights: UK Lawyers and the European Convention on Human Rights* 21-22 (1998, The Law Society).

<sup>131</sup> たとえば *R. v. Ministry of Defence, ex p. Smith* [1996] QB 517. における Brown 裁判官の態度に観察することができる。Id. 541B-D and F-G.

<sup>132</sup> Lester は、この30年の間に裁判官は自信を回復して、イギリス行政法（とりわけ司法審査を通して）に新たな展開をもたらしていることを指摘する。Lester, *English Judges as Law Makers*, [1993] PL 269, 278. 一方、新たな司法積極主義の存在を主張する論者も存在する。Beloff and Mountfield, *Unconventional Judicial Use of the European Convention in England and Wales*, [1996] EHRLR 457. さらに、この点に関連して興味深い文献としては、Feldman, *Public Law Values in the House of Lords*, 106 LQR 246 (1990) and id., *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 67-68 (Clarendon, 1993). Feldman は、個々の裁判官のアプローチに着目しつつ、イギリス貴族院裁判官が公法価値 public law values によってイギリス公法を再形成しているという主張を行なう。その中で、Feldman は、Lord Bridge、Scarman、Oliver そして Goff は、他の裁判官と比較すると、権利により比重を置いたアプローチをとっているとする。同趣旨の指摘は Dworkin も行なっている。Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*, 46 (Chatto & Windus, 1990). 具体的には下記の裁判官の名前を列挙している。Mr Justices Hoffman and Scott, the Vice Chancellor Sir Nicholas Browne-Wilkinson, Lord Justices Bingham, Taylor and Woolf, and Lords Bridge, Oliver and Templeman.

<sup>133</sup> Laws, *Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?*, [1993] PL 59. 詳細については江島晶子「イギリスの裁判所におけるヨーロッパ人権条約とコモン・ローの関係」明治大学短期大学紀要54号（1994年）参照。なお同種の見解として Cf., Wolf, *Protection of the Public: A New Challenge*, Hamlyn Lectures (Stevens, 1990).

<sup>134</sup> Browne-Wilkinson, *supra* note 89.

<sup>135</sup> その他の例として、Woolf, *supra* note 133, 120-122 and Sedley, *Human*

Rights: A Twenty-First Century Agenda, [1995] PL 386 and *R v. Secretary of State for the Home Department*, ex. p *McQuillan* [1995] 4 All ER 400h. Sedley 裁判官は、よりプラグマティックかつ現実主義的観点から、興味深い発言を行なっている。Sedley, *The Sound of Silence: Constitutional Law Without a Constitution*, 110 LQR 270 (1994). 学者からの試みとしては、Cunningham, *supra* note 125 and Beyleveled, *supra* note 125.

<sup>136</sup> *Browne-Wilkinson*, *supra* note 89, at 408.

<sup>137</sup> *Beloff and Mountfield*, *supra* note 132.

<sup>138</sup> なお、以上のような裁判官による法創造の問題は、裁判官がコモン・ローの発展によって一種の（事実上の）高次法を設定・擁護していくことの正統性の問題を随伴する。

<sup>139</sup> *Marcel v Commissioner of Police of the Metropolis* [1992] Ch. 225.

<sup>140</sup> *Wheeler v. Leicester City Council* [1985] AC 1054, 1065A-B.

<sup>141</sup> *Id.* 1068D.

<sup>142</sup> *Id.* 1061G-H.

<sup>143</sup> *Id.* 1063B.

<sup>144</sup> *Id.* 1063B-C. ここに *Brown-Wilkinson* の一般的推定原理を推進する主張の源泉がある。

<sup>145</sup> *Id.* 1063D.

<sup>146</sup> この枠組からは社会権の根拠は見出せないことにも注目すべきである。換言すればヨーロッパ社会憲章や社会権規約の国内法化は、立法以外の手段によって行なうこと（裏口からの国内法化）は非常に困難だということである。

<sup>147</sup> *Wheeler v. Leicester City Council*, *supra* note 140, at 1065A-1066E.

<sup>148</sup> *Id.* 1079B-E.

<sup>149</sup> 控訴院の棄却に対してメンバーはさらに上訴し、貴族院は *Browne-Wilkinson* の制定法解釈における一般的推定からではなく、*Wednesbury* 原理に基づき同市の決定の不法性を認めた。すなわち同市に裁量権が存在することは肯定しつつも、メンバーによる法律違反も不適切な行為も存在しない以上、同市の方針を支持しなかったことに制裁を科すことは不合理であり、同市は公正に行動する義務に違反しているとして、運動場使用禁止決定を取り消した。

<sup>150</sup> なおこの使用制限を命じた命令に対して、第三者側は上訴した。控訴院は、秘密保持義務の遵守という公的利益と公正な審理という公的利益の観点から比較衡量を行なう当該上訴を一部の文書について認めた。 *Marcel v. Commissioner of Police and the Metropolis*, *supra* note 139, at 259C, 261A-C,

and 267A-B.

<sup>151</sup> Id. 234C-F.

<sup>152</sup> Id. 234H-235C.

<sup>153</sup> さらに微細なことではあるが、Marcel判決では基本的人権と言う単語が裁判官の言葉の中に登場していることにも微妙な影響を観察することができる。

Id. 234C.

<sup>154</sup> Brown-Wilkinson, supra note 89.

<sup>155</sup> Id. 406. Cf. *Morris v Beardmore* [1981] AC 446. 他の例として *Raymond v. Honey*, supra note 90.

<sup>156</sup> *Morris v. Beardmore*, supra note 155, at 464C-E. もう一つの理由は *Entick v. Carrington* (1765) 19 State Tr. 1029, 1066である。

<sup>157</sup> Browne-Wilkinson, supra note 89, at 402-403.

<sup>158</sup> 1964年刑務所規則は非常に広範な裁量を刑務所当局に認めている。

<sup>159</sup> Brown-Wilkinson, supra note 89, at 409.

<sup>160</sup> *R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Leech* (No. 2) [1994] QB 198.

<sup>161</sup> Id. 207A.

<sup>162</sup> Id. 209D.

<sup>163</sup> Id. 210D-F.

<sup>164</sup> Id. 210D-E.

<sup>165</sup> Id. 212C-D.

<sup>166</sup> Id. 213H, 214D-F.

<sup>167</sup> Id. 216H-217A.

<sup>168</sup> *Golder v. United Kingdom*, Ser. A, No. 18, (1975) 1 EHRR 524.

<sup>169</sup> *Leech*, supra note 160, at 203F-204B.

<sup>170</sup> 同様の指摘として *Klug and Starmer*, supra note 54, at 227.

<sup>171</sup> *Campbell v. United Kingdom*, Ser. A, No. 233, (1992) 15 EHRR 137. 服役中の囚人が1952年刑務所（スコットランド）規則に基づき刑務所当局が当該囚人と弁護士との間の日常的通信を開封し、読むことは条約8条違反であると判示した。

<sup>172</sup> *Leech*, supra note 160, 217E-F.

<sup>173</sup> *Raymond v. Honey*, supra note 90.

<sup>174</sup> *R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Anderson* [1984] QB 778. *Raymond v Honey* 貴族院判決よりもさらに進展している。

<sup>175</sup> *Hunt*, supra note 32, at 181.

<sup>176</sup> Klug and Starmer, *supra* note 54, at 226-227.

<sup>177</sup> *R v Chief Metropolitan Sitpendiary Magistrate, ex p. Choudhury* [1991] 1 QB 429.

<sup>178</sup> *Id.* 447B-D.

<sup>179</sup> Lesterは他の事件においてヨーロッパ人権条約の関連性を主張しているものであるから当然ではある。

<sup>180</sup> Choudhury, *supra* note 177, at 449F-G.

<sup>181</sup> *Id.* 452A-C.

<sup>182</sup> *R. v. Lemon* [1979] AC 617.

<sup>183</sup> Choudhury, *supra* note 177, at 449G-H.

<sup>184</sup> *Derbyshire County Council v Times Newspapers* (hereinafter as *Derbyshire*) [1992] QB 770.

<sup>185</sup> *Id.* 785H. 評価の余地」理論の国内裁判所による援用の問題点については四で検討する。

<sup>186</sup> *Id.* 786B-C and 786D-E

<sup>187</sup> *Id.* 791B-D.

<sup>188</sup> Gibson 裁判官は曖昧性を前提要件とする。 *Id.* 822C-D. Butler-Sloss 裁判官はどちらにも取れる。

<sup>189</sup> *Id.* 809H-810A.

<sup>190</sup> *A-G v. Guardian* (No. 2), *supra* note 8, at 178 (Donaldson: no inconsistency) and 283-284 (Lord Goff: no inconsistency).

<sup>191</sup> なお Butler-Sloss 裁判官は、条約 10 条は最近重要視されるようになったのではあるが、秘密漏洩および裁判所侮辱の文脈においてはいまや非常に重要なものとみなされていると述べている *Derbyshire*, *supra* note 184, 829D-E.

<sup>192</sup> *Id.* 812 A-B.

<sup>193</sup> Brind, *supra* note 86, at 761 (Ackner 裁判官の意見).

<sup>194</sup> Hunt, *supra* note 32, at 188.

<sup>195</sup> *Derbyshire*, *supra* note 184, at 812C-G.

<sup>196</sup> Brind, *supra* note 86, at 747-748, 749-750 and 760.

<sup>197</sup> *A-G v. Guardian*, *supra* note 2, at 1296 and 1307 and *re W. (A Minor)* (Wardship: Restrictions on Publication) [1992] 1 W. L. R. 100, 103.

<sup>198</sup> *A-G v. Guardian* (No. 2), *supra* note 8. 同事件においては全裁判所が 10 条を考慮に入れて守秘義務の範囲を検討した。守秘義務違反に対する差止命令を裁判所が認めるべきかという裁判所の裁量行使の場面に限定しなかったことを指摘している。

<sup>199</sup> Choudhury, *supra* note 177.

<sup>200</sup> 但し、本件は法が明確な場合であるとしたので、この部分は直接の理由付けとはならない（傍論）。それでもあえてこの部分を付加した点に、BalcombのECHR援用に対する積極的な意欲が読み取れる。

<sup>201</sup> Derbyshire, *supra* note 184, at 812G-H.

<sup>202</sup> *Id.* 813B-C. 先例として *re K. D. (A. Minor) (Ward: Termination of Access)* [1988] A. C. 806, 823を引用。

<sup>203</sup> Gibson裁判官も同意見。Derbyshire, *supra* note 184, at 822D-E.

<sup>204</sup> *Id.* 813H

<sup>205</sup> Hunt, *supra* note 32, at 190.

<sup>206</sup> Derbyshire, *supra* note 184, at 814A-D.

<sup>207</sup> *Id.* 814E-816A..

<sup>208</sup> 後に四で検討する。

<sup>209</sup> *Derbyshire County Council v Times Newspapers* (hereinafter as *Derbyshire (AC)*) [1993] AC 534.

<sup>210</sup> *Id.* 551F.

<sup>211</sup> この点は後で問題点のところで検討する。

<sup>212</sup> *Derbyshire (AC)*, *supra* note 209, at 550E-551B. Cf. *Sunday Times v. United Kingdom*, *supra* note 9, *Barthold v Germany* (1985) 7 EHRR 383 and *Lingens v. Austria*, *supra* note 27 at 418.

<sup>213</sup> *Derbyshire (AC)*, *supra* note 209, at 551H-552B.

<sup>214</sup> *Id.* 551F.

<sup>215</sup> *Id.* 551F-G.

<sup>216</sup> 典型例として *A-G v. Guardian (No. 2)*, *supra* note 8.

<sup>217</sup> 同種の批判として、Klug and Starmer, *supra* note 54, at 228. たとえば *W. v. Edgell and others* [1990] 1 All ER 835においては、原告・被告からもヨーロッパ人権条約の参照がなかったにもかかわらず、Bingham裁判官は、イギリス法上の検討を済ませ結論を出した上で、最後に、その結論はヨーロッパ人権条約に合致するものであるとわざわざ述べている。すなわち患者の診察記録は8条1項の保護を受けるべきものだが、本件において当該記録の開示は「公の安全および犯罪防止のために民主的社会において必要である」としてヨーロッパ人権条約の文言に依拠している。しかし8条1項が保障するプライバシーの観点からの吟味は行なわずに、プライバシーに対する制約条項のみを自己の結論を補強するのに利用している印象はまぬがれない。*Id.* 853b-d.

<sup>218</sup> Klug and Starmer, *supra* note 54, at 228.

<sup>219</sup> Hunt, *supra* note 32, at 188-191.